Rechtsnatur und Schuldinhalt der Haftung des Gesellschafters einer OHG nach § 128 HGB

- Zugleich ein Beitrag zur Bestimmung von Rechtsnatur und Schuldinhalt der Bürgenverpflichtung -

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde einer
Hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
(Rechtswissenschaftliche Abteilung)
der Eberhard-Karls-Universität
zu Tübingen

vorgelegt von

Peter Jens Hauer

aus Schanghai

1966

1965

Fotodruck PRÄZIS-Tübingen

8516

Rechtsnatur und Schuldinhalt der Haftung des Gesellschafters einer OHG nach § 128 HGB

– Zugleich ein Beitrag zur Bestimmung von Rechtsnatur und Schuldinhalt der Bürgenverpflichtung –

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde einer Hohen Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät (Rechtswissenschaftliche Abteilung) der Universität Tübingen

vorgelegt von

Peter Jens Hauer

aus Schorndorf

1966

Universitäts- und Landesbibliothek Tübingen

UNIVERSITEITSBIBLIOTHEEK
LEIDEN

Rechtsnatur und Schuldinhalt der Haftung des Gesellschafters einer OHG nach § 128 HGB

- Zugleich ein Beitrag zur Bestimmung von Rechtsnatur und Schuldinhalt der Bürgenverpflichtung -

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde einer
Hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
(Rechtswissenschaftliche Abteilung)
der Eberhard-Karls-Universität
zu Tübingen

vorgelegt von

Peter Jens Hauer

aus Schanghai

1966

Fotodruck PRÄZIS-Tübingen

Dekan: Prof. Dr. Martin Heckel

1. Berichterstatter: Prof. Dr. Ludwig Raiser

2. Berichterstatter: Prof. Dr. Dr. Erich Fechner

Tag der mündlichen Prüfung: 15. 12. 1965

Gedruckt mit Unterstützung des Kultusministeriums
Baden-Württemberg

INHALTSVERZEICHNIS

Seite

Vorbemerkung 1

I. Rechtfertigung der Themenstellung - Problemlage 1

II. Rechtsnatur und Schuldinhalt 6

A. Die bisher im Schrifttum vertretenen Lehrmeinungen 8

I. Die gemeinsame Ausgangsbasis 8
II. Die Divergenzen 14
1. Die der begriffsjuristischen Methode folgenden Lehrmeinungen 15
a) Die von der OHG als Juristischer Person ausgehenden Lehrmeinungen 16
b) Die von der OHG als Personengesellschaft ausgehenden Lehrmeinungen 16
2. Die der interessenjuristischen Methode folgenden Lehrmeinungen 21
a) Die Lehrmeinung Huecks 23
b) Die eine "Einständerschaft" bejahenden Lehrmeinungen 25
3. Weitere im Schrifttum vertretene Lehrmeinungen 27
4. Die höchstrichterliche Rechtsprechung 28
5. Zusammenfassende Übersicht 29

B. Auseinandersetzung mit den bisher vertretenen Lehrmeinungen 32

I. Die der begriffsjuristischen Methode folgenden Lehrmeinungen 32
1. Kritik der Schlüssigkeit dieser Methode 32

2. Kritische Untersuchung des Ergebnisses der herrschenden Lehre 40
II. Die der interessenjuristischen Methode folgenden Lehrmeinungen 48
1. Kritische Untersuchung der Lehre Huecks 48
2. Kritische Untersuchung der Mindermeinung 64

C. Eigene Bestimmung von Rechtsnatur und Schuldinhalt der Haftung des Gesellschafters einer OHG nach § 128 HGB 66

I. Wortlautinterpretation 67
II. Systematische Auslegung 67
1. Die Haftung nach § 25 HGB 68
2. Die Haftung nach § 1357 BGB 70
3. Rechtsnatur und Schuldinhalt der Bürgenverpflichtung 71
a) Die gemeinsame Ausgangsbasis 72
b) Die herrschende Lehre 74
c) Die Auffassung Westerkamps 81
d) Die Mindermeinung 85
e) Weitere Auffassungen 86
f) Eigene Bestimmung von Rechtsnatur und Schuldinhalt der Bürgenverpflichtung 88
aa) Wortlautinterpretation 88
bb) Motive und Protokolle - Historische Auslegung 91
cc) Systematische und teleologische Auslegung 95
4. Ist die Haftung des Gesellschafters einer OHG nach § 128 HGB "bürgenähnlich"? - Systematisch-teleologische Auslegung 126
a) Abwägung der im Bereich der Gesellschafterhaftung nach § 128 HGB beteiligten Interessen 127
b) Bestätigung durch den Vergleich der Interessenlage und der Gestaltung des Innenverhältnisses der Verbindlichkeiten bei der gesamtschuldnerischen Schuldmitübernahme, der Bürgschaft und der Haftung des Gesellschafters einer OHG nach § 128 HGB 133

Seite

c) Bestätigung durch die Gestaltung der OHG im Bereich ihrer Außenbeziehungen 138
aa) § 124 HGB 138
bb) Die Konkursfähigkeit der OHG 140
cc) Fragen der Vertretungsmacht 140
dd) Analoge Anwendung des § 31 BGB 142
ee) Verhältnis zweier personengleicher offener Handelsgesellschaften zueinander 143
ff) Ergebnis 144
d) Bedeutung der von einem Gesellschafter der OHG neben seiner Haftung nach § 128 HGB übernommenen Bürgschaft und Schuldmitübernahme 145

D. Ergebnis 151

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547608_0009

LITERATURVERZEICHNIS

A. LITERATUR ZUM HANDELSRECHT

I. Kommentare

DÜRINGER-HACHENBURG	Das Handelsgesetzbuch IV. Band, 2. Aufl. Mannheim, Berlin, Leipzig 1917
DÜRINGER-HACHENBURG	Das Handelsgesetzbuch I. Band, 3. Aufl. Mannheim, Berlin, Leipzig 1930
DÜRINGER-HACHENBURG	Das Handelsgesetzbuch II. Band, 1. Hälfte, 3. Aufl. Mannheim, Berlin, Leipzig 1932
DÜRINGER-HACHENBURG	Das Handelsgesetzbuch II. Band, 2. Hälfte, 3. Aufl. Mannheim, Berlin, Leipzig 1932
KOENIGE	Handausgabe des Handelsgesetzbuches I. Band, 4. Aufl. Berlin 1936
LEHMANN-RING	Das Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich I. Band Berlin 1902
REICHSGERICHTSRÄTEKOMMENTAR	Kommentar zum Handelsgesetzbuch II. Band, 2. Aufl. Berlin 1950

RITTER — Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 2. Aufl., München, Berlin, 1932

SCHLEGELBERGER — Handelsgesetzbuch, I. Band, 4. Aufl., Berlin, Frankfurt/Main, 1960

SCHLEGELBERGER — Handelsgesetzbuch, II. Band, 4. Aufl., Berlin, Frankfurt/Main, 1963

STAUB's — Kommentar zum Handelsgesetzbuch, I. Band, 14. Aufl., Berlin, Leipzig, 1932

II. Lehrbücher

GAREIS — Das Deutsche Handelsrecht, 8. Aufl., Berlin, 1909

GIERKE, J.v. — Handelsrecht und Schiffahrtsrecht, 8. Aufl., Berlin, 1958

GIERKE, O. — Deutsches Privatrecht, I. Band, Leipzig, 1895

LEHMANN — Gesellschaftsrecht, 2. Aufl., Berlin, Frankfurt/Main, 1959

MÜLLER-ERZBACH — Deutsches Handelsrecht, 2. u. 3. Aufl., Tübingen, 1928

WIELAND — Handelsrecht
I. Band
München, Leipzig
1921

WÜRDINGER — Gesellschaften, 1. Teil:
Recht der Personalgesellschaften
Hamburg
1937

III. Monographien

FABRICIUS — Relativität der Rechtsfähigkeit
München, Berlin
1963

GIERKE, O. — Die Genossenschaftstheorie und
die Deutsche Rechtsprechung
Berlin
1887

HEINSHEIMER — Über die Teilhaberschaft,
Beiträge zum inneren Recht
der Personalgesellschaften
Heidelberg
1930

HUECK — Das Recht der
Offenen Handelsgesellschaft
2. Aufl.
Berlin
1951

PAULICK — Das Recht der
eingetragenen Genossenschaft
Karlsruhe
1956

RHODE — Juristische Person und Treuhand
Berlin
1932

SCHREIBER — Die Kommanditgesellschaft
auf Aktien
München
1925

IV. Dissertationen

FISCHER	Die Haftung des Gesellschafters für Schulden der Offenen Handelsgesellschaft Jenaer Dissertation Emsdetten 1936
GELLER	Die Haftung der Offenen Handelsgesellschafter Bonner Dissertation Düsseldorf 1928
HAMEL	Die Rechtsnatur der Offenen Handelsgesellschaft Bonner Dissertation Bonn 1928
MEUSEL	Die Haftung einer Offenen Handelsgesellschaft aus den Rechtsgeschäften ihrer Gesellschafter Leipziger Dissertation Dresden 1931
LUCKAT	Die Haftung des ausgeschiedenen Gesellschafters der Offenen Handelsgesellschaft Königsberger Dissertation Königsberg 1927
ROSENBLATT	Die juristische Natur der Haftung des Gesellschafters einer Offenen Handelsgesellschaft Jenaer Dissertation Borna-Leipzig 1933

V. Kleinere Abhandlungen[1)]

DAHN	Handelsrechtliche Vorträge Leipzig 1875
JAEGER	"Die Offene Handelsgesellschaft im Zivilprozesse" in Festgabe der Leipziger Juristenfakultät für Dr. Rudolph Sohm, S.1 ff. München, Leipzig 1915
WOLFF, M.	"Über einige Grundbegriffe des Handelsrechts" in Festgabe der Berliner Juristischen Fakultät für Otto Gierke II. Band, S. 115 ff. Breslau 1910

B. LITERATUR ZUM PROBLEMKREIS VON BÜRGSCHAFT UND SCHULDMITÜBERNAHME

I. Materialien

MOTIVE	zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich Amtliche Ausgabe II. Band Berlin, Leipzig 1888
PROTOKOLLE	der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuches II. Band Berlin 1898

---

1) Zeitschriftenaufsätze werden hier nicht aufgeführt. Deren Fundstelle wird jeweils im Text angegeben.

II. Kommentare

ACHILLES-GREIFF	Bürgerliches Gesetzbuch 21. Aufl. Berlin 1958
ERMAN	Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch I. Band, 3. Aufl. Münster/ Westf. 1962
OERTMANN	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch 2. Buch, 5. Aufl. Berlin 1928
PALANDT	Bürgerliches Gesetzbuch 23. Aufl. München, Berlin 1964
PLANCK's	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch II. Band, 1. Hälfte, 4. Aufl. Berlin 1914
PLANCK's	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch II. Band, 2. Hälfte, 4. Aufl. Berlin, Leipzig 1928
REICHSGERICHTSRÄTEKOMMENTAR	Das Bürgerliche Gesetzbuch I. Band, 2. Teil, 11. Aufl. Berlin 1960
REICHSGERICHTSRÄTEKOMMENTAR	Das Bürgerliche Gesetzbuch II. Band, 2. Teil, 11. Aufl. Berlin 1960

SOERGEL-SIEBERT — Bürgerliches Gesetzbuch
I. Band, 9. Aufl.
Stuttgart
1959

SOERGEL-SIEBERT — Bürgerliches Gesetzbuch
II. Band, 9. Aufl.
Stuttgart
1962

v. STAUDINGERS — Kommentar zum
Bürgerlichen Gesetzbuch
II. Band, 11. Aufl.
Berlin
1959

Handelsrechtliche Kommentare zum Bürgschaftsrecht

REICHSGERICHTSRÄTEKOMMENTAR — Kommentar zum
Handelsgesetzbuch
III. Band, 2. Aufl.
Berlin
1963

SCHLEGELBERGER — Handelsgesetzbuch
III. Band, 3. Aufl.
Berlin, Frankfurt / Main
1956

STAUB's — Kommentar zum
Handelsgesetzbuch
III. Band, 14. Aufl.
Berlin, Leipzig
1933

III. Lehrbücher

BEKKER — Die Aktionen des römischen
Privatrechts
I. Band
Berlin
1871

BRINZ	Lehrbuch der Pandekten II. Band, 1. Abt., 2. Aufl. Erlangen 1879
BURCHARD-DE BOOR	Bürgerliches Recht Berlin, Wien 1930
ENDEMANN	Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts I. Band, 9. Aufl. Berlin 1903
ENNECCERUS-LEHMANN	Recht der Schuldverhältnisse 15. Aufl. Tübingen 1958
ESSER	Schuldrecht 2. Aufl. Karlsruhe 1960
GIERKE, O.	Deutsches Privatrecht III. Band München, Leipzig 1917
HECK	Grundriß des Schuldrechts Tübingen 1929
HEDEMANN	Schuldrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches 2. Aufl. Berlin, Leipzig 1931
LARENZ	Lehrbuch des Schuldrechts I. Band, 6. Aufl. München, Berlin 1963

LARENZ — Lehrbuch des Schuldrechts
II. Band, 6. Aufl.
München, Berlin
1964

LEONHARD — Besonderes Schuldrecht
des Bürgerlichen Gesetzbuches
München, Leipzig
1931

SIBER — Schuldrecht
Leipzig
1931

IV. Monographien

v. AMIRA — Nordgermanisches Obligationenrecht
I. Band
Leipzig
1882

BAUER-MENGELBERG — Bürgschaft, Schuldübernahme und
Garantievertrag
Berlin
1930

BINDER — Die Korrealobligationen im
römischen und im heutigen Recht
Leipzig
1899

HARTMANN, G. — Die Obligation
Erlangen
1875

REICHEL — Die Schuldmitübernahme
(kumulative Schuldübernahme)
München
1909

SCHREIBER — Schuld und Haftung als Begriffe
der privatrechtlichen Dogmatik
I. Band
Leipzig
1914

SIBER — Der Rechtszwang im Schuldverhältnis nach deutschem Reichsrecht
Tübingen
1903

WESTERKAMP — Bürgschaft und Schuldbeitritt
Berlin
1908

V. Dissertationen

BRATTIG — Die kumulative Schuldübernahme und ihr Verhältnis zur Bürgschaft
Leipziger Dissertation
Borna-Leipzig
1907

RICHTER — Die Bürgschaft kein Schuld-, sondern ein Haftungsverhältnis
Halle-Wittenberger Dissertation
Halle
1909

SEYFFERTH — Der Schutz des Bürgen gegenüber dem Gläubiger nach dem deutschen Bürgerlichen Gesetzbuche
Leipziger Dissertation
Borna-Leipzig
1905

C. LITERATUR ZUM PROZESSRECHT

STEIN-JONAS-SCHÖNKE-POHLE — Kommentar zur ZPO
II. Band, 18. Aufl.
Tübingen
1956

WIECZOREK — ZPO und Nebengesetze
IV. Band, 2. Teil
Berlin
1958

D. LITERATUR ZU SONSTIGEN PROBLEMEN

I. Kommentare

ERMAN	Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch II. Band, 3. Aufl. Münster/ Westf. 1962
GÜTHE-TRIEBEL	Grundbuchordnung für das Deutsche Reich I. Band, 6. Aufl. Berlin 1936
KRÜGER-BREETZKE-NOWACK	Gleichberechtigungsgesetz München, Berlin 1958
PLANCK's	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch III. Band, 1. Hälfte, 5. Aufl. Berlin, Leipzig 1933
REICHSGERICHTSRÄTEKOMMENTAR	Das Bürgerliche Gesetzbuch I. Band, 1. Teil, 11. Aufl. Berlin 1959
REICHSGERICHTSRÄTEKOMMENTAR	Das Bürgerliche Gesetzbuch III. Band, 1. Teil, 11. Aufl. Berlin 1959
REICHSGERICHTSRÄTEKOMMENTAR	Das Bürgerliche Gesetzbuch IV. Band, 1.Teil, 10. und 11. Aufl. Berlin 1960
SOERGEL-SIEBERT	Bürgerliches Gesetzbuch IV. Band, 9. Aufl. Stuttgart 1963

II. Lehrbücher

BEITZKE	Familienrecht 10. Aufl. München, Berlin 1962
ENNECCERUS-NIPPERDEY	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts 1. Halbband, 15. Aufl. Tübingen 1959
KRESS	Lehrbuch des Allgemeinen Schuldrechts München 1929
LARENZ	Methodenlehre der Rechtswissenschaft Berlin, Göttingen, Heidelberg 1960
LEHMANN	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches 14. Aufl. Berlin 1963
LEHMANN	Deutsches Familienrecht 3. Aufl. Berlin 1960
PUCHTA	Cursus der Institutionen 9. Aufl. Leipzig 1881

III. Monographien

BEKKER	Grundbegriffe des Rechts und Mißgriffe der Gesetzgebung Berlin, Leipzig 1910

BIERLING — Juristische Prinzipienlehre
III. Band
Tübingen
1905

GIERKE, O. — Vereine ohne Rechtsfähigkeit
in Festgabe für Heinrich
Dernburg
Berlin
1900

HELLWIG — Anspruch und Klagrecht
Jena
1900

LARENZ — Vertrag und Unrecht
1. Teil
Hamburg
1936

PETERSHEIM — Die Schlüsselgewalt im
neuen Familienrecht
Bonner Dissertation
Bonn
1956

VORBEMERKUNG

I. RECHTFERTIGUNG DER THEMENSTELLUNG - PROBLEMLAGE

Am Beginn einer jeden monographischen Arbeit steht die Frage nach der Rechtfertigung ihrer Themenstellung. Dies insbesondere dann, wenn die Aufgabe, die es zu lösen gilt, mehr rechtstheoretischer Natur ist. Obwohl es sich auch um eine praktisch bedeutsame Frage aus dem Rechtsbereich der OHG handelt - spielt doch Inhalt und Umfang der Haftung eines kaufmännischen Unternehmens im Wirtschaftsleben eine beherrschende Rolle -, vermochten Rechtsprechung und Schrifttum bisher nicht, Rechtsnatur und Schuldinhalt der Haftung des Gesellschafters einer OHG einheitlich zu bestimmen. Weder konnte über Rechtsnatur und Schuldinhalt der Gesellschafterhaftung an sich Übereinstimmung erzielt werden, noch vermögen die meisten der angebotenen Lösungen eine in sich einheitliche, alle vorkommenden Anwendungsfälle in gleicher Weise regelnde Gestaltung zu treffen.

Zur Verdeutlichung der Problemlage seien im folgenden einige in Rechtsprechung und Schrifttum bekannt gewordene Fälle aufgeführt:

1) Die OHG A & Co hat sich verpflichtet, eine bestimmte Ware zu liefern. Infolge von Kriegsereignissen ist diese Ware auf dem Markte nicht mehr zu haben. Auch die OHG hat keine Vorräte mehr, wohl aber einer ihrer Gesellschafter persönlich. Ist dieser nun verpflichtet, die Gesellschaftsverbindlichkeit mit den ihm gehörenden Waren zu erfüllen? Oder kann er den Gläubiger deshalb durch Zahlung einer entsprechenden Summe Geldes befriedigen, weil seine Haftung nach § 128 HGB nur eine solche Leistung von ihm fordert? Und wenn das zuletzt Erwähnte zutreffen sollte, handelt es sich dann um eine Schadensersatzverbindlichkeit oder um eine Geldschuld anderer Art? Ist es für die Haftung des Gesellschafters von Bedeutung, wenn die Vorräte zu einem Geschäft gehören, das dieser ganz unabhängig von der OHG betreibt?[1)]

---

1) Beispiel 1 e bei Hueck, OHG § 21 II S. 197

2) Der vertretungsberechtigte Gesellschafter A der OHG A & Co verkauft in deren Namen an G das Privatgrundstück mit Haus und Garten des Gesellschafters B, auf dem dieser wohnt. Kann G auf Grund des nach § 313 BGB formgerechten Kaufvertrages von B die Auflassung dieses Grundstücks aus dessen Haftung nach § 128 HGB verlangen? Oder ist er darauf beschränkt, von B Ersatz seines Interesses an der Erfüllung des Kaufvertrags in Geld zu fordern?[1)]

3) Die OHG A & Co hat die Errichtung eines Baus übernommen. Soll der Gläubiger die Ausführung von jedem einzelnen Gesellschafter fordern können? Oder doch wenigstens von dem Gesellschafter, der selbst Architekt ist? Und wie ist es zu beurteilen, wenn dieser aus der Gesellschaft ausscheidet und ein eigenes Architektenbüro eröffnet?[2)]

4) Die OHG A & Co hat sich bei Abschluß einer Interessengemeinschaft verpflichtet, alle Erfindungen auf ihrem Gebiet dem Vertragspartner mitzuteilen, und ihm die Benutzung zu gestatten. Erstreckt sich diese Verpflichtung damit auch ohne weiteres auf den einzelnen Gesellschafter? Wollte man dies bejahen, gälte dieser Grundsatz auch dann, wenn er die Erfindungen nicht im Betriebe der OHG gemacht hätte? Und - verneinte man die Verpflichtung hierzu im Regelfalle -, welche Wirkung hätte dann ein Vertrag der OHG, durch den sie auch ihre Gesellschafter zur Mitteilung der von ihnen persönlich gemachten Erfindungen verpflichtete?[3)]

5) Die OHG A & Co hat von ihrem Lieferanten D 100 dz Weizen gekauft und vereinbart, sie werde ihm diese Lieferung zum 1. Dezember abnehmen. Kann D auch von dem Gesellschafter B verlangen, daß er ihm den verkauften Weizen in seiner Person abnehme, nachdem die OHG ihrer Abnahmepflicht nicht genügt hat? Bedarf es vielleicht nicht einmal einer vorhergehenden Inanspruchnahme der OHG? Oder hat der Lieferant D gegen B nur einen Anspruch auf sein Erfüllungsinteresse?[4)]

6) Die OHG A & Co hat sich verpflichtet, die für ihren Geschäftsbetrieb er-

---

1) Beispiel bei Fischer, Diss. S 3 und Hueck, OHG § 21 II S. 196, Beispiel 1 d

2) Beispiel 1 b bei Hueck, OHG § 21 II S. 196; vgl. hierzu Jacobi, ZBH 1931,239

3) Beispiel 1 c bei Hueck, OHG § 21 II S. 196

4) Beispiel bei Fischer, Diss. S. 3; vgl. dazu RGZ 83,107 ff. (109) und Koenige-Teichmann § 128 HGB Anm. 4

forderlichen Rohmaterialien an Eisen nur von ihrem Lieferanten D zu beziehen und ihm für jeden Einzelfall einer Zuwiderhandlung eine Vertragsstrafe in Höhe von DM 1.000,-- zu zahlen. Ist hier der Gesellschafter B, der persönlich ein der OHG ähnliches Unternehmen betreibt, auch für diesen seinen privaten Geschäftsbetrieb verpflichtet, sich an die von der OHG getroffene Vereinbarung zu halten? Kann er auch noch nach seinem Ausscheiden aus der OHG von D auf Zahlung der Vertragsstrafe in Anspruch genommen werden, wenn er von einem Dritten, statt von D, die für seinen eigenen Geschäftsbetrieb erforderlichen Rohmaterialien an Eisen bezieht?[1)]

7) Die OHG A & Co hat sich verpflichtet, in einem bestimmten Gebiet jeden Wettbewerb zu unterlassen. Dürfen auch die einzelnen Gesellschafter persönlich keine Wettbewerbshandlungen vornehmen? Was gilt, wenn ein Gesellschafter außerhalb der OHG ein Unternehmen der gleichen Branche hat? Wie ist es, wenn die OHG ausdrücklich oder stillschweigend auch das Unterbleiben eines Wettbewerbs durch ihre Mitglieder zugesagt hat?[2)] Diese Fragen tauchen in gleicher Weise bei allen Unterlassungspflichten auf.

8) Die OHG A & Co ist Eigentümerin eines vor den Toren einer Großstadt gelegenen Grundstücks, von dem sie einen Teil an D vermietet, der auf ihm eine Tankstelle eröffnet. Ferner bewilligt ihm die OHG die Eintragung einer beschränkt persönlichen Dienstbarkeit auf dem Gesamtgrundstück mit dem Inhalt, daß auf ihm keine zweite Tankstelle errichtet werden dürfe. Sie geht weiter die Verpflichtung ein, auf den Nachbargrundstücken keine zweite Tankstelle zu errichten, falls sie eines dieser Grundstücke zu Eigentum erwerben würde. Bald nach Abschluß dieser Vereinbarung kaufen die drei alleinigen Gesellschafter A, B und C eines der fraglichen Nachbargrundstücke zum Erwerb je zu einem Drittel und erhalten auch die Auflassung und Eintragung ins Grundbuch als Bruchteilseigentum mit den angegebenen Quoten. Auf diesem Grundstück errichten sie als Miteigentümer eine Tankstelle. Kann D gegen die drei Gesellschafter einzeln auf Unterlassung klagen, indem er sich auf § 128 HGB stützt? Oder ist lediglich die OHG als solche durch die erwähnte Vereinbarung zur Unterlassung verpflichtet worden?[3)]

---

1) Beispiel bei Fischer, Diss. S. 4; vgl. dazu RG JW 1900, 253 und RG JW 1902/78

2) Beispiel 1 a bei Hueck, OHG § 21 II S. 196; vgl. auch das folgende Beispiel und RG Hold MSchr Bd. 14/51

3) Beispiel bei Fischer, Diss. S. 4; RGZ 136,266 ff.

Die allen Beispielen zugrunde liegende Frage ist die, ob der einzelne Gesellschafter nach § 128 HGB das Gleiche wie die OHG zu leisten verpflichtet ist, also "Erfüllung" schuldet, oder aber, ob er - "bürgenähnlich" - dem Gläubiger für die Erfüllung der Gesellschaftsschuld "einzustehen" hat. Hierbei soll zunächst noch offen gelassen werden, ob unter diesem "Einstehenmüssen" die Verpflichtung zur Leistung von Schadensersatz oder zur Leistung einer Summe Geldes anderen Charakters zu verstehen ist. Trifft den Gesellschafter mit anderen Worten eine Verpflichtung, sich gegebenenfalls die notwendigen Mittel, nämlich den eigentlichen Leistungsgegenstand, zur Erfüllung zu beschaffen, die ihm unter Umständen nicht ohne weiteres selbst zur Verfügung stehen, was bei nicht in Geld bestehenden Verbindlichkeiten häufig der Fall sein wird? Oder kann er sich deshalb durch Leistung einer entsprechenden Summe Geldes befreien, weil er nur zu einer solchen Leistung verpflichtet ist, weil nur hierauf die Haftung nach § 128 HGB sich richtet? Wird er selbst durch einen Vertrag der OHG zu einem Tun oder Unterlassen verpflichtet, in eben derselben Weise wie diese, oder genügt es, wenn er für deren Erfüllung einsteht? Unter etwas anderem Blickwinkel läßt sich die Frage auch dahin formulieren: "Sind bei einer Verpflichtung, die eine OHG etwa durch Vertrag begründet, die einzelnen Gesellschafter in ihrer Einzelheit die Verpflichtungssubjekte, oder ist die OHG selbst das Subjekt dieser Verpflichtung, zu dem als akzessorische Verpflichtungssubjekte die einzelnen offenen Handelsgesellschafter auf Grund des § 128 HGB hinzutreten?"[1)]

Bei der Darstellung der bisher vertretenen Lehrmeinungen, die eine Antwort auf diese Frage zu geben suchen, wird sich zeigen, daß deren Urheber oftmals zu erheblich voneinander abweichenden Ergebnissen gelangen. Dies hat notwendigerweise zur Folge, daß der Gesellschafter einer OHG sich einer mehr oder weniger belastenden Verpflichtung ausgesetzt sieht, je nachdem, welcher Lehrmeinung der Vorzug gegeben wird. Der Unterschied kann sich bei der Größenordnung vieler Handelsgeschäfte erheblich auswirken. Eine eingehendere Untersuchung läßt aber erkennen, daß die verschiedenen Ergebnisse durchaus nicht immer eine notwendige und unumgängliche Folge der jeweiligen Theorie sind, sondern erst durch die Zuordnung der einzelnen Leistungsverpflichtung zu deren Regel oder Ausnahme ermittelt wurden, so wie es der betreffende Autor - möglicherweise unter dem Eindruck eines praktischen Rechtsfalles, oder aber auf Grund einer Interessenabwägung - für richtig hielt.

---

1) Fischer, Diss. S.4, 5; vgl. auch S. 77 a.E., 78

Auch bei Anerkennung der jeweiligen Lehrmeinung wäre es in aller Regel möglich und vertretbar, im konkreten Falle anders zu entscheiden, ohne sich dem Vorwurfe ausgesetzt sehen zu müssen, durch eine vielleicht nur billige Entscheidung die Grundregeln der Lehrmeinung systemwidrig verletzt zu haben. Es wird sich herausstellen, daß theoretisch mit Hilfe aller aufgezeigten Lösungsmöglichkeiten bei entsprechender Anwendung die gleichen Ergebnisse erzielt werden können, insbesondere unter großzügiger Anwendung der Vertragsauslegung und weitherziger Annahme stillschweigender Vereinbarungen, wie dies auch tatsächlich geschieht. Es wird damit letztlich nur die allgemeine Erkenntnis bestätigt, daß auch und gerade die hier zu behandelnde Frage - als dem Handelsrechte zugehörig - eine starre Regelung nicht verträgt, vielmehr sich als den Bedürfnissen des konkreten Falles und der konkreten Interessenlage anpassungsfähig erweisen muß. Dieser Notwendigkeit haben alle Lehrmeinungen auf ihre Weise Rechnung getragen.

Aber die Zweckmäßigkeit der vertretenen Lehrmeinungen, die sich darin zeigt, daß die gleichen Ergebnisse von verschiedenen rechtstheoretischen Ausgangspunkten her gewonnen werden können, sollte nicht einziges und letztes Ziel rechtlicher Überlegungen bleiben, so begrüßenswert ihre Verwirklichung im vornehmlich auf das Praktische ausgerichteten Wirtschaftsleben auch sein mag. Vornehmste Aufgabe des Juristen ist es, praktischen und zweckmäßigen Resultaten eine dogmatisch sichere und haltbare Begründung zu geben, sie nicht nur in tatsächlicher Hinsicht als befriedigend, sondern gerade auch von einem übergeordneten rechtstheoretischen, rechtssystematischen Standpunkte aus als "richtig" erscheinen zu lassen. Daher soll Ziel dieser Arbeit sein, Rechtsnatur und Schuldinhalt der Haftung des Gesellschafters einer OHG einheitlich zu bestimmen, ohne daß systemwidrige Durchbrechungen hingenommen werden müßten. Keineswegs soll hier aber einem rechtstheoretischen "l'art pour l'art"-Denken zum Siege verholfen werden. Es sollen vielmehr zuerst die bisherigen Lösungsversuche mit ihrer dogmatischen Begründung dargestellt und anschließend einer immanenten Kritik unterzogen werden, der die eigene Bestimmung von Rechtsnatur und Schuldinhalt der Gesellschafterhaftung folgen wird. Und erst dann wird der hier angestrebten einheitlichen Bestimmung von Rechtsnatur und Schuldinhalt der Haftung des Gesellschafters einer OHG nach § 128 HGB der Vorzug zu geben sein, wenn sie imstande ist, den Anforderungen nicht nur dogmatischer Vertretbarkeit, sondern auch des praktischen Wirtschaftslebens zu genügen. Denn eine Rechtswissenschaft, die sich nur und ausschließlich, oder doch in erster Linie, der theoretischen Schlüssigkeit ihrer Rechtsinstitute und der Vollkommenheit und Geschlossenheit ihres Systems verpflichtet weiß, würde ihre wesentliche Aufgabe verkennen, daß Recht als Mittel zur Re-

gelung von Interessenkonflikten des täglichen Lebens auszugestalten, und so den für ein gesundes Rechtsbewußtsein des Volkes notwendigen Einklang zwischen Theorie und Praxis herzustellen.

Wenn der Verfasser dieser Arbeit schließlich zu einer Lösung gelangen wird, die von den bisher vertretenen Lehrmeinungen in der Begründung, zum Teil auch im Ergebnis abweicht, so ist er sich der Gefahr durchaus bewußt gewesen, möglicherweise noch mehr Verwirrung in den ohnehin schon heftigen Meinungsstreit hineinzutragen. Er hielt es dennoch für gerechtfertigt, den ihm als vertretbar erscheinenden Weg zu beschreiten, in der Hoffnung, daß der eine oder andere Gedanke vielleicht geeignet sein möge, einen Impuls zum erneuten Überdenken des angesprochenen Problemkreises zu geben.

II. RECHTSNATUR UND SCHULDINHALT

Ein Wort sei noch der Unterscheidung der Begriffe "Rechtsnatur" und "Schuldinhalt" gewidmet, sowie der Frage, in welchem Verhältnis sie zueinander stehen, inwieweit das eine durch das andere bedingt wird.

Die Frage nach der Rechtsnatur einer Erscheinung ist die Frage danach, wie diese in die bereits bestehende Typik und Systematik rechtlicher Institute und sonstiger rechtlicher Erscheinungen einzuordnen ist. Bei ihrer Ermittlung werden die typischen Kennzeichen der Erscheinung hervorgehoben, mittels derer eine Subsumtion unter Gattungsbegriffe erreicht werden kann, die mit entsprechenden Merkmalen ausgestattete Erscheinungen zusammenfassen. Rechtsnatur ist somit ein dem Verfahren der Abstraktion, der Begriffsbildung zugehöriger Begriff. Schuldinhalt dagegen ist ein Begriff, dessen Aufgabe und Bedeutung sich darin erschöpft, zu beschreiben, von welcher Beschaffenheit der Leistungsgegenstand der in Rede stehenden Verbindlichkeit ist, Auskunft darüber zu geben, was der Schuldner in welcher Weise zu leisten hat.[1)]

---

1) "Schuldinhalt" ist an sich ein sehr weiter, inhaltsreicher Begriff, der alle, auch die nebensächlichsten Leistungsmodalitäten einer Verbindlichkeit umschließt. In dieser Arbeit geht es im wesentlichen nur darum, den "Schuldinhalt im engeren Sinne" zu ermitteln, der sich auf den eigentli-

Von Bedeutung ist nun die Frage, ob eine logische Bedingtheit zwischen Rechtsnatur und Schuldinhalt in der Weise besteht, daß aus der Festlegung des einen das andere ohne weiteres zu folgern ist. Eine generelle Aussage wird sich hierüber nicht treffen lassen. Sie wird vor allem verschieden ausfallen müssen, je nachdem, ob begriffsjuristisch oder interessenjuristisch argumentiert wird. Im ersten Falle ist der Begriff der Rechtsnatur dem des Schuldinhaltes übergeordnet. Da bei begriffsjuristischer Verfahrensweise sich stets der niedrigere Begriff von dem höheren ableitet, der spezielle aus dem allgemeinen, der inhaltsärmere aus dem inhaltsreicheren, so ergibt sich die Abhängigkeit des Begriffs des Schuldinhaltes von dem der Rechtsnatur von selbst, da dieser eine Erscheinung umfassender, allgemeiner charakterisiert als jener. Anders im zweiten Falle. Ziel und Ergebnis einer Interessenabwägung ist die Feststellung, was der Schuldner, und wie er es zu leisten hat, welcher Schuldinhalt der Interessenlage entspricht. Erst das so gewonnene Ergebnis ist dann Gegenstand eines weiteren Verfahrens, durch das eine Systematisierung, eine Subsumtion unter typenbildende Oberbegriffe, wie dem der Rechtsnatur, erreicht wird. Während also bei Anwendung der begriffsjuristischen Methode die Bestimmung von Rechtsnatur und Schuldinhalt in einem einzigen, gleichartigen Verfahren vor sich geht, nämlich dem begrifflicher Deduktion - auch die Rechtsnatur einer Erscheinung ist ja ihrerseits von einem Begriff höherer Art abgeleitet, so daß sich etwa eine Kette -Rechtsnatur der Personengesellschaft- Rechtsnatur der OHG - Rechtsnatur der Gesellschafterhaftung - Schuldinhalt der Gesellschafterhaftung - ergibt - bedarf es zur Erreichung des gleichen Ziels bei Anwendung der interessenjuristischen Methode zweier der Art und der Zielsetzung nach verschiedener Verfahren. Zunächst ist von der im Tatsächlichen vorgefundenen Interessenlage her der Schuldinhalt einer Verbindlichkeit zu ermitteln, wobei also eine Übertragung aus der Ebene des Konkreten, Wirklichen in die des Normativen und Begrifflichen stattfindet, die vornehmlich praktischen Zielen dient. Es schließt sich sodann die Einordnung in die bestehende Begriffswelt in einem zweiten Verfahren an, das sich der Mittel juristischer Subsumtionstechnik bedient und vor allem systematischen und dogmatischen Interessen gerecht zu werden sucht. Diese verschiedene Bedeutung des Verhältnisses von Rechtsnatur und Schuldinhalt wird auch in dieser Arbeit immer wieder deutlich werden und zum Verständnis der Argumentationsweise der verschiedenen Lehrmeinungen beitragen.

---

chen Gegenstand der Leistung beschränkt, darauf, Auskunft zu geben, womit der Gesellschafter nach § 128 HGB seiner Verpflichtung nachzukommen hat.

A. DIE BISHER IM SCHRIFTTUM VERTRETENEN LEHRMEINUNGEN

I. DIE GEMEINSAME AUSGANGSBASIS

Der Wiedergabe der bisher im Schrifttum vertretenen Lehrmeinungen, soweit sie Divergenzen erkennen lassen, sei eine Zusammenfassung des ihnen Gemeinsamen vorangestellt, um einerseits das Unbestrittene vom Bestrittenen deutlicher abzuheben, andrerseits aber auch, um die dann folgende Auseinandersetzung mit den zur Begründung vorgebrachten Argumenten nicht durch die Anführung und Kommentierung allgemein anerkannter Grundsätze zu belasten.

Man ist sich darüber einig, daß § 128 HGB - neben § 105 HGB - die Norm des Rechts der OHG ist, welche diese rechtlich und wirtschaftlich am deutlichsten kennzeichnet und vornehmlich die Abgrenzung der OHG zu anderen Formen gesellschaftsrechtlich anerkannter Zusammenschlüsse bewirkt.[1] Als "Gesellschaftsschulden" werden "alle Verbindlichkeiten" verstanden, "die die OHG als solche, d.h. als Gemeinschaft der Gesellschafter, zu erfüllen verpflichtet ist",[2] im Gegensatz zu den privaten Schulden der einzelnen Gesellschafter, für welche die OHG ihrerseits nicht haftet.[3] Die Frage, ob der Gesellschafter s c h u l d e , oder aber in deutschrechtlichem Sinne h a f t e ,[4] kann

---

1) Düringer-Hachenburg § 128 HGB Anm. 1 S. 701; Koenige-Teichmann § 128 HGB Anm. 1; Lehmann, Gesellschaftsrecht § 20 IV 1 S. 125; Meusel, Diss. S. 10; Schlegelberger-Gessler § 128 HGB Anm. 1 S. 1134; Staub-Pinner § 128 HGB Einleitung S. 728; Würdinger, Gesellschaften, 1. Teil, § 27 Anm. 1 S. 124; vgl. auch RGZ 5, 53

2) Hueck, OHG § 21 I S. 195

3) Hueck, OHG § 21 I S. 196; Schlegelberger-Gessler § 128 HGB Anm 1 S. 1134; BGHZ 8, 62

4) Vgl. hierzu grundsätzlich v. Amira, Nordgermanisches Obligationenrecht Bd. I, S. 22 ff., besonders 39 ff.; E. I. Bekker Aktionen des römischen Pri-

inzwischen als eindeutig zugunsten des ersteren entschieden angesehen werden, so daß auf diese einst auf allen vergleichbaren Gebieten hochaktuell gewesene Streitfrage nicht in aller Ausführlichkeit einzugehen ist.[1] Das Wesen der Verpflichtung des Gesellschafters besteht also in einem "Leistensollen".[2] Ihn selbst, seine Person, trifft die Verpflichtung zu einem bestimmten Verhalten, das entweder Tun oder Unterlassen sein kann. Seine Schuld ist auf Erfüllung dieses "Leistensollens" gerichtet, nicht hat er nur dem Gläubiger eine Sicherung in der Weise zu gewähren, daß dieser sich an das Vermögen seines Schuldners zu seiner Befriedigung soll halten können.[3][4]

So kontrovers auch der Meinungsstand in der Antwort auf die Frage nach der Rechtsnatur und dem Schuldinhalt der Gesellschafterhaftung nach § 128 HGB ist, so einig sind sich doch die Vertreter aller Lehrmeinungen in den Forderungen, die an das Schulden des Gesellschafters zu stellen sind - ganz unabhängig davon, ob Erfüllung, Schadensersatz oder ein Drittes geschuldet wird. Seine Schuld soll unmittelbar, d.h. ohne Vermittlung durch die Gesellschaft für den Gläubiger zu verwirklichen, primär, nicht hilfsweise hinter der Gesell-

---

vatrechts Bd. 1, S. 7, und in Grundbegriffe des Rechts und Mißgriffe der Gesetzgebung, S. 118,137 und in Ih.Jb. 12, S. 69 ff.; Gustav Hartmann, Die Obligationen S. 119 ff.; bereits Brinz, Pandekten, Bd.2 §§ 206 bis 217; Isay, Ih.Jb. 48, S. 187 ff.; Siber, Ih.Jb.50, S.55 ff.; Strohal, Ih. Jb. 57,274 ff.

1) Soweit in dieser Arbeit im folgenden das Wort "Haftung" verwendet wird, so ist das nicht im deutschrechtlichen Sinne dieses Begriffes zu verstehen.

2) Reimer-Schmidt in Soergel-Siebert § 241 BGB Vorb. 5 S. 796; Schulthess ZSchwR 44 NF S. 65

3) Vgl. zu dieser Unterscheidung insbesondere Schulthess, ZSchwR 44 NF, Anm. 5 S.66. v.Amira, Nordgermanisches Obligationenrecht, Bd.1, S.40 kennzeichnet den Unterschied weiter noch dahin, daß Schulden ein selbständiger, Haften ein unselbständiger Begriff sei. Eine Haftung ohne zu Grunde liegende Schuldverpflichtung gebe es nicht. Sie bestehe stets "um einer Schuld willen".

4) Wenig glücklich ist die Formulierung bei Geller, Diss. S. 19, der Gesellschafter müsse "in seiner Individualsphäre ...sein Privatvermögen dem Zugriff der Gesellschaftsgläubiger zur Verfügung stellen". Diese Formulierung könnte den Anschein erwecken, als "hafte" der Gesellschafter ähnlich wie der Schuldner einer Zwangsvollstreckung. Daß solches nicht gemeint ist,

schaft,[1)2)] aufs Ganze, also nicht anteilsmäßig, persönlich, unter Haftung auch des Privatvermögens, und unbeschränkt sein.[3)] Auch über den Umfang des Anwendungsbereiches des § 128 HGB herrscht Einigkeit so weitgehend, daß geringfügige Unstimmigkeiten zwischen einzelnen Autoren in Grenzfällen nicht ins Gewicht fallen.[4)] So haften die einzelnen Gesellschafter aus Verträgen, für Vertragsstrafen, aus Unerlaubter Handlung, Ungerechtfertigter Bereicherung, Geschäftsführung ohne Auftrag, für Steuern, Zölle und Gerichtskosten, also auch für öffentlich-rechtliche Verbindlichkeiten, Geldstrafen gemäß §§ 888, 890 ZPO und für dingliche Ansprüche.[5)] Ferner ist man

---

geht aus dem übrigen Text klar hervor. Derartige Formulierungen, die sich auch sonst bisweilen finden, sollten im Interesse der Klarheit vermieden werden.

1) Der Begriff "primär" kann zu Mißverständnissen verleiten. Hier ist nur gemeint, daß der Gläubiger sich unmittelbar an den einzelnen Gesellschafter soll halten können. ohne daß er sich zuvor an die OHG gewandt haben müßte. Über den Inhalt der Schuld ist damit noch nichts ausgesagt. Der Begriff wird hier also rein formal aufgefaßt, ohne daß ihm materielle Bedeutung zukäme.

2) a.A. allerdings Dahn, handelsrechtliche Vorträge, S. 80, der zwar keine Subsidiarität in dem Sinne annimmt, daß vor Inanspruchnahme des Gesellschafters erst die OHG ausgeklagt und fruchtlos in das Gesellschaftsvermögen vollstreckt worden sein müßte. Die Haftung sei aber doch insoweit subsidiär, als die OHG zuvor erfolglos um Erfüllung angegangen worden sein müsse.

3) Gierke HR § 34 II3 S. 211; Lehmann, Gesellschaftsrecht, § 20 IV 4, S.126. Diese Erfordernisse sind zwar nicht immer ausdrücklich erwähnt. Daß sie aber zugrunde gelegt werden, ist den Ausführungen in der Regel ohne weiteres zu entnehmen.

4) Düringer-Hachenburg § 128 HGB Anm. 3 S. 701, 702; Koenige-Teichmann § 128 HGB Anm. 3; Lehmann, Gesellschaftsrecht, § 20 IV 2 S. 125; Lehmann-Ring § 128 HGB Nr. 10 S. 278; Ritter § 128 HGB Anm. 3 S. 299; Schlegelberger-Gessler § 128 HGB Anm. 12 S. 1137; Staub-Pinner § 128 HGB Anm. 15 S. 732; Weipert in RGRK § 128 HGB Anm. 3 S. 249, Anm. 7 S. 250; Würdinger, Gesellschaften, Teil 1, § 27I2, S. 125; Hueck, OHG § 21 I S. 195, 196; Müller-Erzbach HR § 40 III 1 S. 205; Wieland HR § 53 II 2 S. 633, 634.

5) Düringer-Hachenburg § 128 HGB Anm. 3 S. 702 und Schlegelberger-Gess-

sich ausnahmslos darüber einig, daß die Haftung des Gesellschafters nach § 128 HGB stets gegeben ist, gleichgültig, welcher Rechtsnatur und welchen Schuldinhaltes die gegen die OHG gerichtete Forderung auch sein mag. Der Gesellschafter haftet also für Geldschulden, für die Lieferung vertretbarer und unvertretbarer Sachen, sowie für unvertretbare und höchstpersönliche Leistungen anderer Art. Ausgeschlossen ist die persönliche Haftung des Gesellschafters allerdings angesichts solcher dinglicher Rechte, bei denen die ihnen entsprechende Haftung sich auf ein bestimmtes, zum Gesellschaftsvermögen gehörendes Objekt beschränkt, so beispielsweise, wenn auf einem Grundstück der Gesellschaft eine Grundschuld oder Hypothek lastet.[1] Hier haftet nur das belastete Grundstück dinglich, ohne daß diesbezüglich eine Schuld der OHG gegeben wäre.[2] Das ergibt sich unter anderem schon daraus, daß es "nicht der Zweck der Bestimmungen über die Haftung der Gesellschafter (ist), dem Gläubiger der Gesellschaft eine andere Haftungsart zur Verfügung zu stellen, als die, auf die er an sich Anspruch hat."[3]

Vergleicht man die so gekennzeichnete Haftung des Gesellschafters einer OHG mit der des Gesellschafters einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts, so wird deren Erweiterung und Verschärfung sofort deutlich. Zwar haftet dem Gläubiger einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts aus Verträgen, die von deren vertretungsberechtigten Gesellschaftern oder sonstigen Bevollmächtigten im Namen der Gesellschaft abgeschlossen wurden, nicht nur das Gesellschafts-, sondern auch das Privatvermögen des einzelnen Gesellschafters (§ 427 BGB). Bei Verbindlichkeiten aber, die einer rechtsgeschäftlichen Grundlage ermangeln, beispielsweise bei solchen aus Ungerechtfertigter Bereicherung, haftet dem Gläubiger nur

---

ler § 128 HGB Anm. 12 S. 1137 bejahen die Haftung für dingliche Ansprüche, und zwar der §§ 985 ff. BGB, während Ritter § 128 HGB Anm. 3 S. 299 dies insoweit verneinen, als auch der Anspruch aus § 985 BGB einbegriffen sein soll

1) Düringer-Hachenburg § 128 HGB Anm. 3 S. 702; Schlegelberger-Gessler § 128 HGB Anm. 12 S. 1137; Schreiber, KGaA S. 139; Weipert in RGRK § 128 HGB Anm. 4 S. 249; Würdinger, Gesellschaften, 1.Teil, § 27 I2 S.125

2) In diesem Zusammenhang spielt ja die der Hypothek zugrunde liegende, durch sie gesicherte Forderung, der selbstverständlich eine persönliche Verpflichtung sowohl der OHG, als auch des einzelnen Gesellschafters entspricht, keine Rolle. Hier geht es einzig um die d i n g l i c h e Haftung

3) Schreiber, KGaA S. 139

das Gesellschaftsvermögen, nicht auch das Privatvermögen des einzelnen Gesellschafters.[1] Schließlich kann bei der Gesellschaft bürgerlichen Rechts die Haftung des einzelnen Gesellschafters dadurch beschränkt oder gar ausgeschlossen werden, daß dem vertretungsberechtigten Gesellschafter nur eine beschränkte Vollmacht erteilt wird. Auf diese Weise kann erreicht werden, daß nur das Gesellschaftsvermögen den Gläubigern als Haftungsmasse zur Verfügung steht.[2] Mag diese Beschränkung bzw. Beschränkbarkeit bei der Gesellschaft bürgerlichen Rechts noch hingenommen werden können, so würde eine entsprechende Freiheit der Haftungsgestaltung bei der OHG als einer Handelsgesellschaft mit vielfältigen, und in der Regel auch dem Werte nach bedeutenden Außenbeziehungen eine erhebliche, im Wirtschaftsleben nicht tragbare Gefährdung der Gläubigerinteressen darstellen. Daher ist denn auch die Haftung des Gesellschafters einer OHG nach § 128 S. 2 HGB einer Beschränkung ohne Mitwirkung des Gläubigers nicht zugänglich.

Vergleicht man das Recht der OHG mit dem der Kapitalgesellschaften, so fällt auf, daß bei diesen institutionelle Sicherungen des Gläubigerinteresses vorgesehen sind, die der OHG in dieser Form fehlen. Sie ergeben sich insbesondere aus der Zusammenschau aller derjenigen Bestimmungen aus dem Rechte der AG und der GmbH, welche die Aufbringung und Erhaltung des Gesellschaftsvermögens in einer bestimmten Höhe zugunsten der Gläubiger sichern sollen.[3] Die Regelung bei der Aktiengesellschaft und der GmbH einerseits, der OHG andrerseits, entspringt demselben Bedürfnis nach möglichst umfassender Gläubigersicherung, ohne die der auf Kreditfähigkeit und -würdigkeit der Wirtschaftssubjekte angewiesene Handelsverkehr gar nicht auskommen kann. Nur die rechtstechnische Durchführung ist den strukturellen Besonderheiten einer Kapi-

---

1) Esser, Schuldrecht § 177 Anm. 5c S. 732; Fischer in RGRK § 718 BGB Anm. 9, S. 803; Düringer-Hachenburg Allg. Einl. Anm. 153, S. 188

2) Esser, Schuldrecht § 175 Anm. 5b S. 723; Fischer in RGRK § 714 BGB Anm. 7, S. 793 und § 718 BGB Anm. 9 S. 803; Düringer-Hachenburg Allg. Einl. Anm. 138 S. 167,168 und Anm. 152 S. 187,188; RGZ 63,62ff. (65); RGZ 90,173 ff. (176); RGZ 155,75 ff. (87)

3) Vgl. zur Sicherung der Aufbringung des Grundkapitals: Art. 7,9,19,20,28, 29,10 Abs. 2,49 Abs. 3 AktG - §§ 5,7 GmbHG; vgl. zur Sicherung der Erhaltung des Grundkapitals: Art. 52,56,130,175 ff. AktG - §§ 19,30,31 GmbHG. - Vgl. hierzu auch noch: Fabricius S. 177-179

tal-, bzw. einer Personalgesellschaft angepaßt.[1] Es entspricht nur der Macht- und Interessenlage bei der OHG als einer Personalgesellschaft, insbesondere bei Berücksichtigung der weitgehenden Mitwirkungsbefugnisse ihrer Gesellschafter und der geringen Publizitätsvorschriften, wenn ihre Gesellschafter absolut und gesamtschuldnerisch haften. Das Gesellschaftsvermögen stellt bei der OHG infolgedessen auch lediglich das Betriebskapital dar, nicht auch die grundsätzlich ausschließliche Haftungsmasse, wie dies bei Kapitalgesellschaften angesichts der Anonymität ihrer Mitglieder der Fall ist.[2][3] Für den Gläubiger ist also nicht so sehr die Solvenz der OHG selbst von Interesse, sondern vor allem die ihrer Gesellschafter, da diese die letztlich Verpflichteten bleiben. Daß die Interessen der Gläubiger auch und gerade bei einer derartigen gesellschaftsrechtlichen Gestaltung in ausreichendem Maße gewahrt werden, zeigt nicht zuletzt die außerordentlich günstige Konkursquote in der Konkursstatistik für die Offenen Handelsgesellschaften.[4] Folge der persönlichen, unbeschränkten und gesamtschuldnerischen Haftung des Gesellschafters einer OHG ist so einerseits eine weitgehende Wahrung der Gläubigerinteressen, andrerseits aber auch eine be-

---

1) Düringer-Hachenburg § 128 HGB Anm. 1 S. 701; Fabricius S. 182; Geller, Diss. S. 19,20; Lehmann, Gesellschaftsrecht § 20 IV 1 S. 125; Würdinger, Gesellschaften, 1. Teil, § 27 S. 124,125; BGHZ 23, 302 ff. (305). - Soweit aus dem Fehlen institutioneller Gläubigersicherungen bei der OHG, die denen der Kapitalgesellschaften vergleichbar wären, gefolgert wird, daß eben d e s h a l b die einzelnen Gesellschafter der OHG persönlich hafteten, wird freilich übersehen, daß das Recht der OHG dem der Aktiengesellschaft und der GmbH zeitlich vorangeht. Entwicklungsgeschichtlich gesehen, erklären sich gerade umgekehrt die institutionellen Gläubigersicherungen bei den Kapitalgesellschaften als Ersatz für den Fortfall der persönlichen Haftung der Gesellschafter.

2) Geller, Diss. S. 20; Würdinger, Gesellschaften, 1. Teil § 27 S. 124

3) Die zusätzliche persönliche Haftung mindestens eines Gesellschafters bei der KGaA, und die persönliche Nachschußpflicht der Gesellschafter einer GmbH, durch die auch bei Kapitalgesellschaften - sei es nun unmittelbar oder nur mittelbar - ein weiteres Verpflichtungssubjekt oder auch mehrere in die Haftung für Gesellschaftsschulden einbezogen werden, stellen durchaus nur Ausnahmen vom Prinzip der Alleinhaftung des Gesellschaftsvermögens dar.

4) Hierauf weisen auch hin: J. v. Gierke, HR § 34 II 3 S. 211 und Lehmann, Gesellschaftsrecht § 20 IV 1 S. 125

sonders günstige Kreditbasis für die OHG, die sich der Persönlichkeit, der Vertrauenswürdigkeit, der Zahlungsfähigkeit, der geschäftlichen Fähigkeiten und Erfahrungen ihrer Gesellschafter, denen gegebenenfalls die unbeschränkte Vertretungsmacht zusteht, bedienen kann.[1)2)]

II. DIE DIVERGENZEN

Nachdem im vorangegangenen Kapitel kurz die Gemeinsamkeiten der zu unserem Problem vertretenen Lehrmeinungen dargestellt wurden, gilt es nunmehr, die Divergenzen aufzuzeigen. Es hat sich als empfehlenswert erwiesen, die bisher vertretenen Lehrmeinungen in zwei Gruppen aufzugliedern, die sich durch die grundsätzliche Verschiedenheit ihres methodischen Ansatzes anbieten. So sollen zunächst die Auffassungen jener Autoren wiedergegeben werden, die sich der begriffsjuristischen Methode bedienen, sodann derjenigen, die interessenjuristisch argumentieren. Innerhalb dieser Gruppen wird dann eine weitere Differenzierung erforderlich werden. Es wird sich zeigen, daß die Auffassungen der verschiedenen Autoren sich nicht ohne weiteres völlig in das so geschaffene Schema einordnen lassen, so daß der eine dieser, der andere jener Variante einer der beiden Hauptgruppen zuzurechnen wäre. Es werden vielmehr manche

---

1) Düringer-Hachenburg § 128 HGB Anm. 1 S. 701

2) Diese letzten Ausführungen können Geltung für jede der Lehrmeinungen zur Frage von Rechtsnatur und Schuldinhalt der Gesellschafterhaftung nach § 128 HGB beanspruchen - gleichgültig, ob sie den Gesellschafter als zur Erfüllung, zur Leistung von Schadensersatz oder einer Summe Geldes anderen Charakters verpflichtet ansehen. Erst die Abwägung der Gläubiger- und der Gesellschaftsinteressen einerseits, und der hier noch gar nicht zu berührenden Gesellschafterinteressen andrerseits, ergibt eine Entscheidung für diesen oder jenen Schuldinhalt, für diese oder jene Bestimmung der Rechtsnatur, sofern der Interessenwertung überhaupt bestimmender Einfluß eingeräumt wird. Hier ist nur entscheidend, warum, aus welchem Grund die Gesellschafter neben der OHG persönlich haften, nicht aber schon, wie das von ihnen Geschuldete sich darstellt

von ihnen in mehreren Untergruppen vertreten sein, woraus nur erhellt, daß sie verschiedene Argumente miteinander verknüpfen, das eine zur Erweiterung oder Verstärkung des anderen heranziehen, oder auch unverbunden nebeneinander verwenden. Dieses Vorgehen findet seine Rechtfertigung darin, daß hierdurch die Darstellung an Klarheit und Übersichtlichkeit gewinnt, und eine Gliederung nach methodischen Ansätzen und nach Argumenten fruchtbarer erscheint, als der Versuch einer Aufgliederung nach Autorengruppen.

1. Die der begriffsjuristischen Methode folgenden Lehrmeinungen

Bei der überwiegenden Mehrzahl der Versuche, die Frage nach Rechtsnatur und Schuldinhalt der Gesellschafterhaftung bei der OHG einer Beantwortung und Lösung zuzuführen, wird eine Methode befolgt, die wir als begriffsjuristisch glauben kennzeichnen zu können. Begriffsjuristisch nicht in dem von vornherein abwertenden Sinne, wie dies heute vielfach als Reaktion auf die Übertreibungen des Positivismus geschieht,[1] der sich dieser Methode bedient hat, sondern begriffsjuristisch als Charakteristikum eines bestimmten Systemdenkens formaler Logik, wie wir es beispielsweise bei Puchta[2] entwickelt finden. Es wird nicht als erstes danach gefragt, welche Rechtsnatur der Haftung des Gesellschafters nach § 128 HGB zukomme, sondern danach, welche Rechtsnatur der OHG zuzuschreiben sei, um von dem so gewonnenen Ergebnis, dem als ausreichend bestimmt angesehenen Obersatze aus, die Lösung für den Untersatz - Rechtsnatur der Gesellschafterhaftung - im Wege begrifflich-zwingender Deduktion zu finden. Gerade in der Anwendung auf das hier zu behandelnde Problem scheint ein solches methodisches Vorgehen auf den ersten Blick zu eindeutigen Resultaten zu führen:

---

1) Vgl. etwa auch Larenz, Methodenlehre FN 1 S.20, der sich mit Jerusalem, Kritik der Rechtswissenschaft, S. 149 entschieden gegen eine Gleichsetzung von Positivismus und Begriffsjurisprudenz verwahrt.

2) Puchta, Cursus der Institutionen, § 15 S. 22, § 33 S. 57 und die Anwendung seiner "Genealogie der Begriffe" in seinem Lehrbuch der Pandekten. Vgl. hierzu auch Larenz, Methodenlehre S. 16 ff.

a) Die von der OHG als Juristischer Person ausgehenden Lehrmeinungen

Ergibt die Untersuchung der Rechtsnatur der OHG, daß diese Juristische Person ist, somit eine Einheit darstellt, die in vielfacher Beziehung von den ihr zugeordneten Gesellschaftern losgelöst ist, eine von diesen verschiedene Rechtssubjektivität besitzt, so folge daraus, wird zum Teil behauptet[1], daß die Gesellschafter nicht "Erfüllung" schuldeten, sondern lediglich für die Schulden der Juristischen Person OHG "einzustehen" hätten. Denn die OHG als personenrechtliche Vereinigung ihrer Mitglieder bilde ihnen gegenüber ein neues, drittes Rechtssubjekt, so daß sie selbst, nicht die Gesellschafter, die Verträge abschlösse und als solche auch der einzige unmittelbare Verpflichtungsträger sei, zu dem die Gesellschafter lediglich auf Grund der gesetzlichen Anordnung des § 128 HGB als akzessorische Verpflichtungssubjekte hinzuträten.[2]

b) Die von der OHG als Personengesellschaft ausgehenden Lehrmeinungen

Beherrscht aber der Gedanke der Vielheit die OHG, besitzt sie also keine eigene Rechtssubjektivität, sondern stellt nur eine aus Gründen der Vereinfachung und Erleichterung des Auftretens im Rechtsverkehr geschaffene, äußerlich bleibende, formale Zusammenfassung der Gesellschafter dar, die somit Träger der Rechte und Pflichten bleiben, so folge daraus mit Notwendigkeit, daß der einzelne Gesellschafter "Erfüllung", also die Leistung des inhaltlich Gleichen wie die OHG selbst, schulden müsse. So entscheidet die herrschende Lehre.[3] Denn da die OHG einerseits, die einzelnen Gesellschafter in ihrer Verbundenheit andrerseits identisch seien, so könnten auch gegen die unter ihrer Firma

---

1) Affolter, ABR 5,1 ff. (3,7,8); Kohler, ZHR 74,456 ff. (458) und ABR 40,229 ff.

2) So besonders Kohler in ABR 40,229 ff.

3) Düringer-Hachenburg § 128 HGB Anm. 1 S. 700; J.v.Gierke HR § 34 II 3 S. 211; Lehmann, Gesellschaftsrecht § 20 IV 4 S. 126,127; Lehmann-Ring § 128 HGB Nr. 2,3 S. 275; besonders deutlich Meusel, Diss. S. 7 bis 9,12; Rospatt, ZBH 1932,246 und 248; Schlegelberger-Gessler § 128 HGB Anm. 2,3 S. 1134,1135; Staub-Pinner § 128 HGB Anm. 1 S. 729; Weipert in RGRK § 128 HGB Anm. 2 S. 248; Würdinger, Gesellschaften, 1. Teil § 22 II S.105, § 26 I S. 121

auftretenden Gesellschafter und gegen die einzelnen Gesellschafter nicht verschiedene Verpflichtungen entstehen, sondern nur eine einzige inhaltsgleiche.[1] Bei der Verbindlichkeit der Gesellschaft und der des Gesellschafters handle es sich also um "ein- und dieselbe Schuld mit doppeltem Haftungsobjekt".[2] Die Gesellschaftsschuld sei "nur eine zur persönlichen Haftung der einzelnen Gesellschafter hinzutretende weitere Haftungsart mit dem eine gewisse Selbständigkeit besitzenden Gesellschaftsvermögen".[3][4] Bestehe aber nur eine Verbindlichkeit, so könne auch kein Gesamtschuldverhältnis zwischen Gesellschaft und Gesellschafter bestehen.[5] Ebenso folge aus dem angegebenen Grunde, daß der

---

1) Schlegelberger-Gessler § 128 HGB Anm. 2 S. 1134

2) Düringer-Hachenburg § 128 HGB Anm. 5 S. 704; Güldenagel, Anmerkung zu RG JW 28,2612 Nr. 2 dortselbst; Jaeger in Festgabe für Sohm, S. 22; Meusel, Diss. S. 8; Ritter § 128 HGB Anm. 2 S. 299; Schlegelberger-Gessler § 128 HGB Anm. 2 S. 1134; Rospatt ZBH 1932,246; Staub-Pinner § 128 HGB Anm. 1 S. 729; Weipert in RGRK § 128 HGB Anm. 2 S. 248; Würdinger Gesellschaften, 1. Teil § 27 II 2a S. 127. Erstaunlicherweise auch Müller-Erzbach HR § 40 III 1 S. 204, der von seiner der herrschenden Lehre im übrigen entgegengerichteten Auffassung her zu diesem Ergebnis eigentlich nicht kommen dürfte. Welche Bedeutung Müller-Erzbach dem beimißt, ist nicht recht ersichtlich. Die Tatsache aber, daß er einen verschiedenen Schuldinhalt für die Verpflichtung der OHG und des einzelnen Gesellschafters annimmt, läßt es als sehr wahrscheinlich erscheinen, daß Müller-Erzbach nicht eine inhaltsgleiche Schuld mit zwei Haftungsobjekten (im Widerspruch zu sich selbst) annimmt, sondern mit seiner Formulierung lediglich sagen möchte, daß um der Erfüllung der einen (Gesellschafts-) Schuld willen eben nicht nur eine, sondern zwei bzw. mehrere Vermögensmassen haften, ohne daß damit schon über die Art dieser Haftung etwas ausgesagt wäre.

3) Staub-Pinner § 128 HGB Anm. 1 S. 729

4) Genau umgekehrt formuliert Weipert in RGRK § 128 HGB Anm. 2 S. 248: "In der Zusammenfassung in der Gesellschaft haften sie (die Gesellschafter) mit dem Gesellschaftsvermögen. Dazu tritt nach § 128 HGB die persönliche Haftung, d.h. die Haftung mit dem Privatvermögen jedes einzelnen Gesellschafters". Die hierdurch bewirkte Akzentverschiebung ist wohl nicht beabsichtigt.

5) Düringer-Hachenburg § 128 HGB Anm. 5 S. 704; Jaeger in Festgabe für Sohm S. 61; Lehmann, Gesellschaftsrecht § 20 IV 4 S. 127; Ritter § 128 HGB Anm. 5 S. 300; Schlegelberger-Gessler § 128 HGB Anm. 2 S. 1134 und

Gesellschafter für die Gesellschaftsschulden "als für eigene" hafte; er sei also nicht Fremdschuldner. [1]

Die herrschende Lehre sieht sich aber genötigt, Ausnahmen von ihrem Grundsatz zuzulassen, wobei die Kriterien dafür, wann eine Ausnahme von der Erfüllungsschuld vorliegt, unterschiedlich bestimmt werden. Eine Auffassung, die keinerlei Ausnahme von der Regel zuläßt, daß der Gesellschafter das inhaltlich Gleiche wie die OHG zu leisten habe, wird wohl nicht vertreten. Sehr weit geht allerdings Ritter[2], der Ausnahmen offenbar nur im Bereich der Unterlassungsschulden zulassen will, und auch dann nur als Folge vertraglicher Vereinbarungen.

Bei Geldschulden nehmen alle Vertreter der herrschenden Lehre noch übereinstimmend an, der Gesellschafter schulde Erfüllung. Das gleiche gilt für die Leistung vertretbarer und gattungsmäßig bestimmter Sachen. Schon bei der Verpflichtung zur Leistung unvertretbarer Sachen[3], erst recht aber bei Schulden, die ein positives Tun oder ein Unterlassen, also ein Verhalten, zum Gegenstand haben, unterscheiden sich die Meinungen in der Auswahl der für die Ausnahmen maßgeblichen Kriterien, wie für den nach diesen Kriterien begrenzten Anwendungsbereich.

Ausnahmen von dem Grundsatze, daß der Gesellschafter zu erfüllen habe, werden vor allem dann für notwendig erachtet, wenn festzustellen ist, daß das betreffende Schuldverhältnis für den einzelnen Gesellschafter nach Inhalt und

---

Anm. 21 S. 1138; Weipert in RGRK § 128 HGB Anm. 14 S. 251; etwas vorsichtiger: Lehmann-Ring § 128 HGB Nr. 2 S.275; Staub-Pinner § 128 HGB Anm. 1 S. 729; a.A. Koenige-Teichmann § 128 HGB Anm. 1 (abgewandeltes Gesamtschuldverhältnis)

1) Wie Anm. 5, einschließlich Koenige-Teichmann

2) Ritter § 128 HGB Anm. 4 S. 299,300

3) So lehnt Rospatt, ZBH 1932,247 die Erfüllungsverpflichtung für auf bebestimmte Sachen gerichtete Verbindlichkeiten im Gegensatz zu den übrigen Vertretern der herrschenden Lehre ab. Sie entfällt nach Rospatt überhaupt bei allen auf Eigentumsübertragung einer der OHG gehörenden Sache gerichteten Verbindlichkeiten. Gleicher Ansicht bei unvertretbaren Sachen waren ursprünglich auch Düringer-Hachenburg, 2. Auflage, 1917, §.128 HGB Anm. 3 S. 489. Sie schließen sich heute aber auch insoweit der herrschenden Lehre an: Düringer-Hachenburg § 128 HGB Anm. 3 S.702

Zweck[1], bzw. nach der "Sonderart der Verbindlichkeit"[2] "nicht persönlich erfüllbar" ist. Es gebe Verpflichtungen, die "ihrer Natur nach"[3] nicht durch einen Gesellschafter erfüllt werden könnten, sondern nur durch die Gesellschaft selbst.[4] Dem gleichzuachten seien die Fälle, in denen eine Verpflichtung zwar für einen bestimmten Gesellschafter, nicht aber für die übrigen erfüllbar sei, soweit einer von diesen in Anspruch genommen werde.[5] Damit werde aber die Haftung des einzelnen Gesellschafters nicht hinfällig. Vielmehr gehe seine Verpflichtung jetzt "höchstens dahin..., auf Erfüllung durch die Gesellschaft hinzuwirken und für die Folgen der Nichterfüllung, den entstandenen Schaden, einzutreten."[6] In solchem Falle soll er "nur auf das Interesse bei Nichterfüllung durch die Gesellschaft in Anspruch genommen werden"[7] können. Als solche Verbindlichkeiten kommen insbesondere die auf Rechnungslegung und Auskunftserteilung gerichteten in Betracht.[8] Zum Teil werden auch Auf-

---

1) Düringer-Hachenburg § 128 HGB Anm. 3 S. 702; Lehmann, Gesellschaftsrecht § 20 IV 4 S. 126; Lehmann-Ring § 128 HGB Nr. 10 S. 278; Rospatt ZBH 1932,247

2) Würdinger, Gesellschaften, 1.Teil § 27 II a/b S. 126,127

3) Weipert in RGRK § 128 HGB Anm. 5 S. 249; Jacobi ZBH 1931, 238; Schlegelberger-Gessler § 128 HGB Anm. 6 S. 1136

4) Gleicher Ansicht auch noch Staub-Pinner § 128 HGB Anm. 15 S. 732. Sehr großzügig, damit aber doch wohl auch vom Standpunkt der herrschenden Lehre im übrigen aus gesehen, zu sehr auf die zufällige Erfüllbarkeit im Augenblick der Inanspruchnahme abstellend: Koenige-Teichmann § 128 HGB Anm. 3

5) Schlegelberger-Gessler § 128 HGB Anm. 6 S. 1135,1136

6) Weipert in RGRK § 128 HGB Anm. 5 S. 250; Düringer-Hachenburg § 128 HGB Anm. 3 S. 702; Lehmann-Ring § 128 HGB Nr. 10 S. 278

7) Schlegelberger-Gessler § 128 HGB Anm. 6 S. 1135; Staub-Pinner § 128 HGB Anm. 15 S. 732

8) Düringer-Hachenburg § 128 HGB Anm. 3 S. 702; J.v.Gierke HR § 34 II 3 S.211; Schlegelberger-Gessler § 128 HGB Anm. 6 S.1136; Würdinger, Gesellschaften, 1.Teil § 27 II 1 a S. 126. Weipert in RGRK § 128 HGB Anm. 5 S. 250 begrenzt auch hier den Anwendungsbereich der Ausnahme sehr eng. Wird ein Gesellschafter auf Auskunftserteilung in Anspruch genommen, der zur Auskunft nicht oder nicht allein fähig ist, so hindert das nach Weipert nicht die Verurteilung zur eigentlichen Leistung. Lediglich die Zwangsvollstreckung nach § 888 ZPO sei ausgeschlossen, da die Erfüllung nicht von seinem Willen allein abhänge.

lassungsansprüche über zum Gesellschaftsvermögen gehörende Grundstücke[1], Ansprüche aus Miete[2] und Werkvertrag[3] hierher gezählt.

In der Regel werden auch Ausnahmen für den Fall zugestanden, daß mit dem Gläubiger der Gesellschaftsverbindlichkeit etwas anderes als Erfüllung vertraglich vereinbart wurde.[4] Besonders hervorgehoben wird dies für Verbindlichkeiten, die eine Unterlassung zum Gegenstand haben, was insbesondere in Form von Wettbewerbsabsprachen im Wirtschaftsleben häufig vorkommt. Hier kann also der nach herrschender Lehre an sich grundsätzlich mitverpflichtete einzelne Gesellschafter vertraglich davon entbunden werden, die Wettbewerbsabsprache selbst einhalten zu müssen. Er haftet dannn nur noch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung durch die OHG. Wird eine derartige Vereinbarung nicht getroffen, bewendet es bei der Erfüllungsverpflichtung auch des einzelnen Gesellschafters.

Schließlich wird noch danach unterschieden, ob die Verbindlichkeit der OHG den einzelnen Gesellschafter in seiner persönlichen, und das heißt gesellschaftsfreien Sphäre beeinträchtigen würde, wollte man ihre auf Erfüllung gerichtete Verpflichtungswirkung auch auf ihn erstrecken.[5] In diesem Falle soll der Gesellschafter nicht verpflichtet sein, die gleiche Leistung wie die OHG zu erbringen. Seine Verpflichtung beschränkt sich hier auf die Leistung von Schadensersatz wegen Nichterfüllung der Gesellschaftsverbindlichkeit durch die OHG. Hat sich also beispielsweise die OHG A & Co. verpflichtet, eines der Privatgrundstücke ihres Gesellschafters B an einen Gläubiger zu übereignen, ohne daß die OHG in irgendeiner rechtlichen Beziehung zu diesem Grundstück

---

1) Düringer-Hachenburg § 128 HGB Anm. 3 S. 489 der 2. Auflage' 1917; - ausdrücklich aufgegeben in der 3. Auflage, 1932, § 128 HGB Anm. 3 S. 702; Rospatt, ZBH 1932,247

2) Düringer-Hachenburg § 128 HGB Anm. 3 S. 489 der 2. Auflage' 1917; die 3. Auflage, 1932, äußert sich hierzu nicht.

3) J.v.Gierke HR § 34 II 3 S. 211

4) Düringer-Hachenburg § 128 HGB Anm. 3 S. 702,703; J.v. Gierke HR § 34 II 3 S.211; Lehmann, Gesellschaftsrecht, § 20 IV 4 S. 126; Ritter § 128 HGB Anm. 4 S. 300; Rospatt ZBH 1932,247; Schlegelberger-Gessler § 128 HGB Anm. 5 S.1135; Weipert in RGRK § 128 HGB Anm. 5 S. 249

5) J.v.Gierke HR § 34 II 3 S. 211; Koenige-Teichmann § 128 HGB Anm. 3; Schlegelberger-Gessler § 128 HGB Anm. 3 und 5 S. 1135; nicht ganz eindeutig: Weipert in RGRK § 128 HGB Anm. 6 S. 250

stünde, auch nicht zur Übereignung durch B bevollmächtigt worden wäre, so ist dieser nach herrschender Lehre nicht wirksam zur Übereignung seines Grundstücks verpflichtet worden. Wohl kann er nach § 128 HGB zur Leistung von Schadensersatz herangezogen werden, wenn der Übereignungsanspruch des Gläubigers gegen die OHG sich in einen Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung umgewandelt hat, weil die OHG das versprochene Grundstück nicht zu übereignen vermochte. Dieser Gesichtspunkt, daß der Gesellschafter in seiner Privatsphäre durch die OHG nicht zur Erfüllung verpflichtet werden könne, dürfte vor allem auch für die Vertragsauslegung eine erhebliche Rolle spielen, was insbesondere wieder bei Unterlassungsschulden von Bedeutung sein wird.[1] Wonach aber sich die Gesellschaftssphäre von der gesellschaftsfreien Privatsphäre des Gesellschafters scheiden lassen soll, wird nur selten ausgeführt. Da Hueck[2] sich für die Begründung seiner Lehrmeinung ganz wesentlich auf diese Unterscheidung stützt, soll sie im Zusammenhang mit seinen Thesen näher ausgeführt werden. Ob die übrigen Anhänger dieser Unterscheidung von gleichen Erwägungen ausgegangen sind, oder sie sich zu eigen machen würden, muß angesichts der fehlenden Begründung offen bleiben.

2. Die der interessenjuristischen Methode folgenden Lehrmeinungen

Von einem anderen methodischen Ansatzpunkt gehen jene Lehrmeinungen aus, die ihre Antwort auf die hier gestellte Frage nicht auf Grund logischer Deduktion von einem Oberbegriff her zu finden suchen, sondern eine Abwägung der im Widerstreit stehenden Interessen der beteiligten Parteien - der OHG, des Gesellschaftsgläubigers und des einzelnen Gesellschafters - vornehmen. Die Frage wird hier nicht dahin gestellt, ob die OHG Juristische Person sei oder nicht, sondern allenfalls ob für die zu untersuchende Frage, welche Rechtsnatur und welcher Schuldinhalt der Gesellschafterhaftung zukomme, in diesem durch den Sinnzusammenhang gegebenen Ausschnitt aus dem Gesamtgebilde OHG, deren Struktur mehr vom Gedanken der Vielheit oder der Einheit bestimmt

---

1) So wohl auch Schlegelberger-Gessler § 128 HGB Anm. 5 S. 1135. Allerdings nicht ganz widerspruchsfrei.

2) Hueck, OHG § 21 II 5 S. 200

werde.[1] Es liegt der Gedanke nahe, gerade hieraus zu folgern, in Wahrheit handele es sich gar nicht um die Anwendung der interessenjuristischen Methode. Vielmehr werde hier untersucht, ob nicht vielleicht, wenn schon keine Juristische Person, so doch eine relative Juristische Person gegeben sei. Sodann werde eben doch wieder die Rechtsnatur der Gesellschafterhaftung bei Bejahung einer relativen Juristischen Person OHG auf begriffsjuristischem Wege deduziert, wenn auch von einem weniger weit gespannten und daher homogeneren Obersatze aus. Diesem Einwand, würde er erhoben, könnte nicht zugestimmt werden. Die eigentliche Entscheidung fällt hier bei der Abwägung der Interessen. Diese wirkt sich ja nicht nur bestimmend auf Rechtsnatur und Schuldinhalt der Gesellschafterhaftung aus, sondern auch auf die Gestaltung aller jener gesetzlicher Vorschriften, die in einem inneren Zusammenhang mit der Gesellschafterhaftung stehen. Es muß dann aber auch der Rückschluß aus der Gestaltung dieses Bereiches des Rechts der OHG auf die zugrunde liegenden Interessen gestattet sein. Hierbei handelt es sich nicht um eine formale, begriffslogische Deduktion, sondern um eine durchaus von dieser zu unterscheidende Verfahrensweise, die durch die Verwendung materieller Kriterien gekennzeichnet wird. Bei der interessenjuristischen Verfahrensweise wird von einer bestimmten Norm oder einem Normenkomplex auf die ihnen zugrunde liegende Motivation geschlossen, auf die im Bereich des Tatsächlichen liegende ratio legis, während bei begriffsjuristischer Argumentation von dem übergeordneten Begriff auf den untergeordneten, bzw. umgekehrt, geschlossen wird. Das begriffsjuristische Schlußverfahren bleibt in ein- und derselben, nämlich der begrifflichen Ebene, während das interessenjuristische Schlußverfahren sich auf zwei Ebenen erstreckt, die des Begrifflichen und des Tatsächlichen.

So wesentlich auch der Rückschluß von dem mit der Gesellschafterhaftung in Zusammenhang stehenden Bereich der OHG auf diese selbst ist, so bleibt dieses Verfahren doch letztlich nur ein Hilfsmittel zur Ermittlung der die Gestaltung der Gesellschafterhaftung motivierenden Interessenlage. Die eigentliche Entscheidung fällt bei der Abwägung der Interessen des Gesellschafts-

---

1) So setzt sich Fischer in seiner Dissertation vorwiegend mit dem Problem des Verhältnisses von Einheit und Vielheit auseinander und gelangt zu der Ansicht, daß diese Elemente bei der OHG in besonderem Maße miteinander vermengt sind, so daß bei der Entscheidung jeder Einzelfrage das Problem neu aufgeworfen werden müsse, ob für sie das Element der Einheit oder der Vielheit die ausschlaggebende Rolle spiele

gläubigers, der OHG selbst und des einzelnen Gesellschafters. Überwiegt das Interesse des Gesellschaftsgläubigers an der Erfüllung seiner Forderung, und der OHG an möglichst weitgehender und vollständiger Befriedigung ihres Gläubigers, so liegt es nahe, in § 128 HGB eine Anordnung zu sehen, nach welcher der Gesellschafter verpflichtet ist, die Gesellschaftsschulden in gleicher Weise wie die OHG zu erfüllen. Betont man demgegenüber das Interesse des einzelnen Gesellschafters, nur im Rahmen des unbedingt Nötigen haften zu müssen, so scheint eine "bürgenähnliche Haftung" den Interessenwiderstreit gerechter zu entscheiden.

a) Die Lehrmeinung Huecks[1)]

Hueck entscheidet den Interessenwiderstreit zugunsten des Gläubigers und der OHG. Seiner Meinung nach würden deren Interessen nicht ausreichend gewahrt, wenn die Gesellschafter immer nur auf das Interesse hafteten. Auch wenn es sich nicht um Geldschulden handle, müsse dem Gläubiger ein unmittelbarer Anspruch gegen den einzelnen Gesellschafter auf Erfüllung gegeben werden, soweit das mit dem Interesse des einzelnen Gesellschafters irgendwie vereinbar sei.[2)] Auch Hueck erkennt, ebenso wie die herrschende Lehre, die Notwendigkeit von Ausnahmen an, hält deren Abgrenzung aber für zu unscharf. Sie beachte zu wenig, daß das Gesetz deutlich zwischen der Haftung der Gesellschaft und der persönlichen Haftung des Gesellschafters unterscheide, was sich auch auf den jeweiligen Schuldinhalt auswirke. Die "eigentlich geschuldete Leistung" sei die Erfüllung der Schuld durch die OHG. Daher gehe - streng genommen - die Verpflichtung des einzelnen Gesellschafters dahin, daß er für die Erfüllung durch die OHG zu sorgen habe. Er schulde, soweit ihm das möglich sei, Bemühungen in dieser Hinsicht und werde schadensersatzpflichtig, wenn die OHG ihrerseits nicht erfülle.

Für Unterlassungspflichten und für die Verpflichtung zu positivem Tun stellt Hueck folgende Grundsätze auf:[3)] Zunächst müsse im Wege der Auslegung festgestellt werden, ob die OHG nur ein Verhalten der Gesellschafter als Gesamtheit, oder aber auch das Verhalten eines bestimmten Gesellschafters zugesagt habe. Sei ersteres der Fall, so müsse unterschieden werden: Sei der einzel-

---

1) Hueck, OHG § 21 S. 196 bis 204
2) Hueck, OHG § 21 II 3 S. 198
3) Hueck, OHG § 21 II 5 S. 201

ne Gesellschafter als Geschäftsführer in der Lage, die geschuldete Tätigkeit der OHG herbeizuführen, so könne er auch vom Gläubiger unmittelbar auf Erfüllung in Anspruch genommen werden, da er ihm für die Erfüllung durch die OHG hafte. Dieser Verpflichtung nachzukommen, könne er auch nach § 890 ZPO angehalten werden.[1] Andernfalls, so muß wohl angenommen werden, gehe die Verpflichtung des einzelnen Gesellschafters nur auf ein Hinwirken auf die OHG, daß diese erfülle, gegebenenfalls auf Schadensersatz. Sei das Verhalten eines bestimmten Gesellschafters neben dem der OHG zugesagt, so komme es darauf an, ob dieses in seiner gesellschaftlichen Sphäre liege. Das ist nach Hueck dann der Fall, wenn der Gesellschafter der OHG gegenüber zu der Tätigkeit oder dem Unterlassen verpflichtet ist. In diesem Falle könne der Gläubiger den Gesellschafter unmittelbar auf Erfüllung in Anspruch nehmen. Sonst verbleibe es bei der bloßen Hinwirkungs- und Schadensersatzverpflichtung.[2] Wie Hueck von der Verpflichtung des Gesellschafters der OHG gegenüber zu einer Verpflichtung dem Gläubiger gegenüber gelangt, ergibt sich aus folgendem, für die Unterlassungspflicht entwickelten Gedankengang, der dann entsprechend auch auf die positiven Leistungsverpflichtungen zu übertragen ist: "Der einzelne Gesellschafter schuldet die Erfüllung der von der OHG übernommenen Leistung. Der Dritte kann also von ihm verlangen, daß er dafür sorgt, daß die OHG ihre Einwirkungspflicht erfüllt. Liegt das Unterlassen des Gesellschafters, das die OHG herbeizuführen hat, in der Gesellschaftssphäre, so müßte streng genommen der betreffende Gesellschafter dafür sorgen, daß die OHG ihn zu der Unterlassung zwingt, d.h. aber, er ist dem Dritten gegenüber unmittelbar zur Unterlassung verpflichtet... Liegt dagegen das Unterlassen des Gesellschafters, das die OHG herbeiführen soll, in der gesellschaftsfreien Sphäre, kann also die OHG keinen Druck ausüben, sondern hängt die Erfüllung vom freien Willen des Gesellschafters ab, so kann auch der Dritte auf dem Wege des Anspruches gegen den einzelnen Gesellschafter keinen unmittelbaren Zwang ausüben. Der Gesellschafter könnte nur gezwungen werden, die OHG zu einer freundschaftlichen Einwirkung zu veranlassen..."[3] Das mag zunächst als summarische Wiedergabe der von Hueck entwickelten Grundsätze genügen. Auf Einzelheiten und Konsequenzen wird später noch einzugehen sein.

---

1) Hueck, OHG § 21 II 5 S. 200

2) Abwartend hierzu, aber durchaus wohlwollend: Schlegelberger-Gessler § 128 HGB Anm. 3 S. 1135

3) Hueck, OHG § 21 II 5 S. 201

b) Die eine "Einständerschaft" bejahenden Lehrmeinungen

Die Lehrmeinungen, die dem Interesse des Gesellschafters gegenüber denen der Gesellschaft und des Gesellschaftsgläubigers besondere Bedeutung beimessen,[1] gelangen zu dem Ergebnis, daß der Gesellschafter nicht Erfüllung, sondern ein Einstehen für die Erfüllung durch die OHG schulde.[2] Das "Einstehen", das den Inhalt der Schuld des Gesellschafters bilden soll, wird erläutert als das Schulden des Interesses, das der Gläubiger an der Erfüllung durch die Gesellschaft hat,[3] als Ersatz des Schadens aus Nichterfüllung.[4] Die Haftung des Gesellschafters einer OHG wird zum Teil auch als "bürgenähnlich" bezeichnet.[5] Es wird hier auch nicht von "einer Schuld mit zwei Haftungsobjekten" gesprochen, sondern von zwei Verpflichtungen ausgegangen, deren eine, nämlich die des Gesellschafters, akzessorisch neben die der OHG als des eigentlichen und unmittelbaren Verpflichtungssubjektes tritt und ihren Rechtsgrund in § 128 HGB findet.[6] Die Verpflichtung des einzelnen Gesellschafters ist im

---

1) Auch die übrigen Lehrmeinungen berücksichtigen die Interessen der Gesellschafter in gewisser Weise, aber doch nur in Ausnahmefällen. Das Besondere der eine Einständerschaft bejahenden Lehrmeinungen besteht darin, daß dies bei jeder, wie auch immer gearteten Verbindlichkeit geschieht.

2) Fischer, Diss. S. 78 bis 84, a.A. später in LM Nr. 4 zu § 128 HGB; Hamel, Diss. S. 46 bis 50, 53; Müller-Erzbach HR S. 204, 205 und JZ 57, 384; Wieland HR § 53 S. 631, 636 bis 638; Geller, Diss. S. 21, 26, 30; Luckat Diss. S. 29 ff.

3) Fischer, Diss. S. 84; Geller, Diss. S. 26, 30; Hamel, Diss. S. 50; Wieland HR § 53 I 3 S. 631

4) Müller-Erzbach S. 205

5) Fischer, Diss. S. 78; Geller, Diss. S. 23 nimmt eine "dem Bürgen ähnliche Garantieverpflichtung" an; auch Hamel, Diss. S. 50 - es ist aber nicht richtig, wenn er schreibt: "Im Verhältnis zur Gesellschaft ist die Schuld der Gesellschafter eine Nebenverpflichtung, die sich von der Bürgschaft nur dadurch unterscheidet, daß das Merkmal der Subsidiarität fehlt." Gewisse Unterschiede bestehen auch noch darüber hinaus, wie später noch zu erörtern sein wird; Luckat, Diss. S. 33; Wieland HR § 53 I 3, S. 631, § 54 S. 636; Martin Wolff spricht in Festgabe der Berliner Juristischen Fakultät für O. Gierke, 2. Bd., S. 119 von "gesamtschuldnerischer Bürgschaft"

6) Nur scheinbar anderer Auffassung ist Müller-Erzbach HR § 40 III 1 S. 204; vgl. hierzu oben Anm. 2 zu S. 17

Verhältnis zur Verpflichtung der OHG Nebenschuld.[1] Von dieser Auffassung aus ergibt sich auch die Haftung für die aus Verträgen herrührenden Verbindlichkeiten nicht schon ohne weiteres aus §§ 164, 427 BGB, sondern beruht auf dem durch § 128 HGB erst geschaffenen besonderen Rechtsgrund.[2] Ein Gesamtschuldverhältnis zwischen den beiden Verbindlichkeiten besteht nicht.[3] Während Fischer, der mit Schreiber das Schuldverhältnis des § 128 HGB als ein "Schuldverhältnis kraft Haftung"[4] ansieht, die Haftung des Gesellschafters aus dessen Sicht als eine Fremdhaftung charakterisiert[5], sprechen Wieland und Müller-Erzbach von einer Haftung "als Selbstinteressent", da der

---

1) Hamel, Diss. S. 50; Wieland HR § 53 I S. 630

2) Geller, Diss. S. 19; Luckat, Diss. S. 32

3) Geller, Diss. S. 21; Müller-Erzbach HR § 40 III 1 S. 205; auch Luckat, Diss. S. 33 - Seine Begründung, ein Gesamtschuldverhältnis sei schon deshalb abzulehnen, weil die Verbindlichkeit des Gesellschafters und die der OHG auf verschiedenem Rechtsgrund beruhen, genügt allerdings nicht schon, um ein Gesamtschuldverhältnis auszuschließen, wie heute ganz allgemein anerkannt ist

4) Schreiber, Schuld und Haftung S. 354 bis 356. Der Begriff des "Schuldverhältnisses kraft Haftung", von Schreiber geprägt, wird auch von ihm nicht sehr scharf umrissen, und umfaßt offensichtlich sehr verschiedenartige Anwendungsfälle (vgl. S. 355, 203). Eine nähere Ausführung wird von Schreiber erst für die Zukunft in Aussicht gestellt. Auf jeden Fall scheint dem Begriff keine materielle Bedeutung in dem Sinne zuzukommen, daß ein derartiges Schuldverhältnis nur auf Geld gerichtet sein könne. Das zeigt deutlich die Behandlung, die Schreiber unserem Problem zuteil werden läßt. Das "Schuldverhältnis kraft Haftung" in der hier in Betracht kommenden Variante soll wohl den Fall umschreiben, bei dem zu der eigentlichen, ursprünglichen Schuldverpflichtung die auf besonderem Rechtsgrund beruhende Haftung eines Dritten als eine weitere Schuldverpflichtung hinzutritt, wodurch ein "sekundäres Schuldverhältnis" begründet wird. Dennoch soll der Gläubiger hier meist von vornherein die Wahl haben, ob er sich an den eigentlichen Schuldner oder an den Dritten halten will. Weiteres Merkmal scheint die Akzessorietät der hinzutretenden Schuldverpflichtung zu sein.

5) Fischer, Diss. S. 78; Schreiber, KGaA S. 138

Gesellschafter am Ergebnis der OHG oekonomisch beteiligt sei.[1)]

Kennzeichnend für die eine "Einständerschaft" bejahenden Lehrmeinungen ist, daß Rechtsnatur und Schuldinhalt der Gesellschafterhaftung nach § 128 HGB stets die gleichen sein sollen, gleichgültig, ob die Schuld der OHG auf Geld, eine vertretbare, gattungsmäßig bestimmte oder auf eine unvertretbare, höchstpersönliche Leistung gerichtet ist. Die Möglichkeit abweichender vertraglicher Vereinbarungen wird anerkannt.[2)]

3) Weitere im Schrifttum vertretene Lehrmeinungen

Nicht ohne weiteres lassen sich die Auffassungen von Schreiber[3)] und Rosenblatt[4)] in eine der beiden Hauptgruppen einordnen, da ihren Ausführungen nicht eindeutig zu entnehmen ist, ob sie interessen- oder begriffsjuristisch argumentieren. Beiden gemeinsam ist, daß sie von den Einzelregelungen des Außenbereichs der OHG ausgehen. So folgert Rosenblatt beispielsweise aus der Art der Aktivberechtigung des Gesellschaftsvermögens, der auch die Gestaltung der Schuldnerschaft entsprechen müsse, daß, wie beim Gesellschaftsvermögen nur sämtliche Gesellschafter in ihrer Zusammenfassung berechtigt seien, auch die Gesellschafter durch die Gesellschaftsverbindlichkeiten nicht als einzelne verpflichtet würden, sondern ebenfalls nur in ihrer Zusammenfassung. Hieraus und aus der scharfen Sonderung des Gesellschaftsvermögens von dem der einzelnen Gesellschafter im übrigen folge, daß diese für eine fremde Schuld hafteten. Dennoch aber schuldeten die Gesellschafter die inhaltlich gleiche Leistung wie die OHG, wovon nur eine Ausnahme zu machen sei, wenn sich aus der Natur der Verbindlichkeit etwas anderes ergäbe, oder wenn der Gesellschafter in seiner Privatsphäre verpflichtet werden würde. Zu dem gleichen Ergebnis gelangt Schreiber auf gleichem Wege, allerdings mit weniger ausführlicher Begründung. Ein Unterschied besteht lediglich darin, daß Schreiber ein Gesamtschuldverhältnis zwischen der Verbindlichkeit der OHG und der des einzelnen Gesellschafters ablehnt, während Rosenblatt ein,

---

1) Wieland HR § 53 S. 632; Müller-Erzbach HR S. 204
2) Geller, Diss. S. 39; Müller-Erzbach HR § 40 III 1 S. 205
3) Schreiber, KGaA S. 138 ff.
4) Rosenblatt, Diss., besonders S. 18 ff.

wenn auch erheblich modifiziertes Gesamtschuldverhältnis annimmt.[1]

4) Die höchstrichterliche Rechtsprechung

Die Stellungnahme des Reichsgerichtes zur Frage von Rechtsnatur und Schuldinhalt der Haftung des Gesellschafters einer OHG nach § 128 HGB ist nicht einheitlich. Einmal entscheidet es sich dafür, der Gesellschafter schulde eben das Gleiche, wie die OHG zu leisten verpflichtet sei, also Erfüllung.[2] Das andere mal vertritt es den Standpunkt, nur die OHG werde zur Erfüllung verpflichtet. Diese Verpflichtung erstrecke sich nicht in gleicher Weise auch auf die einzelnen Gesellschafter. Diese hätten vielmehr eine Leistung anderen Schuldinhaltes zu erbringen: das Interesse des Gläubigers wegen der Nichterfüllung der Verbindlichkeit durch die OHG zu befriedigen.[3] Man wird von einem echten Schwanken des Reichsgerichtes sprechen müssen, da ein Prinzip, nach dem es sich für die eine oder die andere Möglichkeit entschieden hätte, ebensowenig erkennbar ist, wie eine allmähliche, fortschreitende Tendenz von einer Auffassung zur anderen. Man wird ferner auch kaum sagen können, daß es etwa dem Grundsatze gefolgt wäre, sich jeweils von den Besonderheiten des einzelnen Falles leiten zu lassen, den § 128 HGB also als eine Vorschrift anzusehen, die im wesentlichen vom Gesichtspunkt der Billigkeit und der Einzelfallgerechtigkeit auszulegen wäre.

Man wird aber feststellen können, daß das Reichsgericht, gleichgültig, wel-

---

1) Vgl. Schreiber, KGaA S. 138 einerseits, Rosenblatt, Diss. S. 19, 24 andrerseits

2) RGZ 5, 53 ff. (55); RGZ 13, 96 ff. (98); RGZ 31, 81 ff. (85); RGZ Gruchot Beitr. 34, 1220 ff. (1222); RGZ 49, 340 ff.; RGZ JW 12, 147 Nr. 27; RGZ JW 16, 1410; RGZ 139, 252 ff. (254); vgl. auch KG in JZ 61, 175. Mittelbar sind noch einschlägig: RGZ 30, 150 ff. (152); BayObLG München SA 56, 318; RG JW 01, 576 Nr. 12; RGZ 56, 206 ff. (209); KGJ 28, 251 ff.; KGJ 31, 155; RG 65, 227 ff.

3) RGZ 30, 33 ff. (35); RGZ JW 00, 253, 254 Nr. 8; RGZ JW 02, 78 Nr. 10; RGZ HoldhMSchr 14, 51; OLGE (München) 32, 106; RGZ 136, 266 ff. Mittelbar sind noch einschlägig: RG Str. DJZ 04, 817 Nr. 53; KGJ 26, 134, 135; RGZ 54, 278; RGZ 102, 301

cher Meinung es sich auch gerade anschließt, immer begriffsjuristisch argumentiert. Ganz eindeutig ist das der Fall, wenn es davon ausgeht, die OHG sei eine Personengesellschaft, so daß Träger der Rechte und Pflichten die Gesellschafter selbst seien, woraus Identität der Verbindlichkeiten der OHG und des einzelnen Gesellschafters folge. Aber auch wenn es zu dem von der Mindermeinung vertretenen Ergebnis gelangt, argumentiert es begriffsjuristisch, wenn es auch, soweit ersichtlich, nie so weit geht, wie Affolter und Kohler, die OHG als Juristische Person anzusehen. Wesentlich ist aber, daß es in diesem Falle den Gesichtspunkt der Einheit gegenüber dem der Vielheit, des Gesellschaftscharakters, so sehr betont, die Selbständigkeit des Gesellschaftsvermögens insbesondere so sehr in den Mittelpunkt rückt, daß die Annahme eines eigenen, neben den einzelnen Gesellschaftern bestehenden Verpflichtungssubjektes sehr nahe liegt. Die OHG wird dadurch einer Juristischen Person so weitgehend angenähert, daß die unterbliebene Zuerkennung Juristischer Persönlichkeit nahezu als formal und nicht durch die tatsächlichen Gegebenheiten gerechtfertigt erscheint. Das Reichsgericht deduziert von dieser Einheit OHG her auf das Wesen und den Inhalt der Haftung ihrer Gesellschafter in ähnlicher Weise, wie dies Affolter und Kohler von der OHG als einer Juristischen Person her tun. Eine Abwägung der beteiligten Interessen nimmt das Reichsgericht nicht vor.

Der Bundesgerichtshof folgt zunächst noch der Rechtsprechung des Reichsgerichtes, indem er sich der Version anschließt, die der heute im Schrifttum herrschenden Lehre entspricht,[1] wobei zunächst einfach das Ergebnis dieser Rechtsprechung ohne weitere Auseinandersetzung übernommen wird. Einen Bruch mit der bisherigen Argumentationsweise des Reichsgerichts bringt dann BGHZE 23, 302 ff. Hier verfährt der Bundesgerichtshof nicht mehr begriffsjuristisch, sondern legt seiner Entscheidung eine wohl abgewogene Interessenabwägung zugrunde, wobei er sich weitgehend der Lehrmeinung Huecks anschließt, sodaß hierauf verwiesen werden kann.

5. Zusammenfassende Übersicht

Zusammenfassend läßt sich sagen, daß zu der Frage, welcher Art Rechtsnatur und Schuldinhalt der Gesellschafterhaftung nach § 128 HGB sind, vom Ergeb-

---

1) BGHZ 5, 35 ff.

nis her gesehen, im wesentlichen zwei Theorien vertreten werden.

Die herrschende Lehre vor allem sieht in der Gesellschaftsschuld "eine Schuld mit zwei Haftungsobjekten", wobei zwischen der Schuld der OHG und der Schuld des einzelnen Gesellschafters kein Gesamtschuldverhältnis besteht. Der einzelne Gesellschafter haftet daher nach § 128 HGB für eine eigene Schuld. Diese geht grundsätzlich auf ERFÜLLUNG, hat also den gleichen Schuldinhalt wie die Schuld der Gesellschaft. Die herrschende Lehre muß aber Durchbrechungen ihres Grundsatzes hinnehmen. Der Gesellschafter schuldet dann nicht Erfüllung, sondern allenfalls ein Hinwirken darauf, daß die OHG erfülle, und Schadenersatz für den Fall der Nichterfüllung, wenn er die Verbindlichkeit der OHG "ihrer Natur nach" persönlich nicht erfüllen kann, wenn vertraglich etwas anderes vereinbart ist, und wenn die OHG ihn unzulässigerweise in seiner persönlichen, gesellschaftsfreien Sphäre zu verpflichten suchte.[1)]

Nach der Mindermeinung bestehen zwei verschiedene Haftungen, den von ihr nicht als identisch angesehenen, vielmehr voneinander wohl zu unterscheidenden Schuldverpflichtungen entsprechend. Der einzelne Gesellschafter haftet für eine fremde Schuld, wobei seine Verpflichtung sich akzessorisch nach der Verpflichtung der OHG richtet. Ein Gesamtschuldverhältnis zwischen diesen beiden Verbindlichkeiten besteht nicht. Durch die Begründung einer Gesellschaftsschuld entsteht für den einzelnen Gesellschafter ein "Schuldverhältnis kraft Haftung", vermöge dessen er "bürgenähnlich" haftet. Er hat eine andere Leistung zu erbringen als die OHG: nicht Erfüllung, sondern Leistung des Interesses wegen Nichterfüllung der Gesellschaftsschuld durch die OHG. Hierin besteht nach der Mindermeinung das die Haftung des Gesellschafters nach § 128 HGB kennzeichnende EINSTEHENMÜSSEN.

Abschließend läßt sich daher mit dem Bundesgerichtshof feststellen, "daß die Auffassung, die grundsätzlich eine Pflicht des Gesellschafters zur Erfüllung der Gesellschaftsschuld bejaht, sich zu Einschränkungen gezwungen sieht, während umgekehrt bei Annahme einer von der Gesellschaftsschuld verschiedenen Verpflichtung der einzelnen Gesellschafter das Bedürfnis anerkannt wird,

---

1) Vom Ergebnis her gesehen ist auch Hueck dieser Theorie zuzurechnen, der das Ergebnis der herrschenden Lehre ausdrücklich im Grundsatz bejaht, aber die Kriterien für die Ausnahmen und deren Anwendungsbereich etwas anders bestimmt. Der wesentliche Unterschied besteht in der Methode, die zu diesem Ergebnis führt

die an sich nur die Gesellschaft treffende Verbindlichkeit auf Grund besonderer tatsächlicher Feststellungen oder nach Treu und Glauben auf die Gesellschafter auszudehnen."[1)]

---

1) BGHZ 23, 302 ff. (305)

B. AUSEINANDERSETZUNG MIT DEN BISHER VERTRETENEN LEHRMEINUNGEN

Vergleicht man herrschende Lehre und Mindermeinung vom Ergebnis her miteinander, so ist festzustellen, daß es der herrschenden Lehre nicht gelingt, Rechtsnatur und Schuldinhalt der Gesellschafterhaftung nach § 128 HGB einheitlich zu bestimmen. Sie muß erhebliche Durchbrechungen zulassen, so daß die Schlüssigkeit der grundsätzlichen Erfüllungsschuldnerschaft in Frage gestellt wird. Demgegenüber sind Rechtsnatur und Schuldinhalt der Gesellschafterhaftung durch die Mindermeinung einheitlich bestimmt. Die Ausnahmen, die auch hier zugelassen werden, sind auf den konkreten Einzelfall abgestellt, in dem vertraglich etwas anderes - beispielsweise eben Erfüllung - vereinbart worden ist. Dogmatisch gesehen, wird damit keine Durchbrechung der grundsätzlichen Rechtsnatur und des Regelschuldinhaltes vorgenommen. Allerdings erscheint bei der Mindermeinung die Haftung als subsidiär, während sie nach allgemein anerkannter Auffassung primär sein soll.

Im folgenden sollen nun die bisher vertretenen Lehrmeinungen daraufhin untersucht werden, ob ihre Ergebnisse auf einem gangbaren methodischen Wege erzielt, vor allem aber auch, ob sie in sich schlüssig durchgebildet worden sind.

I. DIE DER BEGRIFFSJURISTISCHEN METHODE FOLGENDEN LEHRMEINUNGEN

1. Kritik der Schlüssigkeit dieser Methode[1)]

Wird einmal unterstellt, daß es den der begriffsjuristischen Methode folgenden

---

1) Vgl. zur Kritik an der begriffsjuristischen Methode überhaupt schon Ihering,

Lehrmeinungen überzeugend gelungen wäre, die Rechtsnatur der OHG eindeutig zu bestimmen, so könnte doch keine der beiden mit ihrer Hilfe entwickelten Theorien für sich in Anspruch nehmen, hieraus eine ebenso eindeutige Bestimmung der Rechtsnatur und des Schuldinhaltes der Gesellschafterhaftung nach § 128 HGB im Wege begrifflicher Deduktion herleiten zu können.

Die herrschende Lehre, die davon ausgeht, die OHG sei keine Juristische Person, sondern ein den Gesellschaftscharakter wahrender Personenverband, gelangt zu dem Ergebnis, trotz mancher auf eine Einheit hindeutender Strukturelemente seien die Gesellschafter selbst die Träger der Rechte und Pflichten der OHG. Hieraus folge mit Notwendigkeit, daß diese auch persönlich und auf Erfüllung hafteten; die Verpflichtung der OHG und die Verpflichtung des einzelnen Gesellschafters seien identisch.

Dem ist aber mit Hueck[1] entgegenzuhalten, daß die Schlußfolgerung der herrschenden Lehre von der Rechts- und Pflichtenträgerschaft der Gesellschafter auf deren persönliche Erfüllungsschuldnerschaft nicht denknotwendig ist. Man denke nur daran, daß bei der Gesellschaft bürgerlichen Rechts die persönliche Haftung ihrer Gesellschafter ausgeschlossen werden kann. Beim nicht rechtsfähigen Verein geht die heute herrschende Lehre sogar so weit, die persönliche Haftung der Mitglieder - auch ohne entsprechende Satzungsbestimmung - als ausgeschlossen anzusehen. Die wesentliche Konsequenz dieser Auffassung zeigt sich darin, daß sich ein mit einem nicht rechtsfähigen Verein in rechtsgeschäftliche Beziehungen tretender Dritter grundsätzlich nicht auf die persönliche Haftung seiner Mitglieder verlassen darf. Diese Beschränkung der Haftung auf das Vereinsvermögen ergebe sich aus dem Zweck und dem Wesen des nicht rechtsfähigen Vereins und der Mitgliedschaft, und werde daher auch regelmäßig vom Gläubiger vorausgesetzt.[2] Sowohl die Gesellschaft bürgerlichen Rechts, als auch der nicht rechts-

---

Geist des römischen Rechts, 3. Teil, 1877, S. 308, 309, 311, 312

1) Hueck, OHG § 21 II 3 S. 197

2) Lehmann, Allg. Teil BGB, § 60 VII 7c S. 445; Enneccerus-Nipperdey § 116 IV 6b S. 706, 707; wohl auch Siebert in Soergel-Siebert § 54 BGB Anm. 21 S. 270 und Anm. 23 S. 270, 271; Denecke in RGRK § 54 BGB Anm. 17 S. 150, 151, allerdings beschränkt auf die Idealvereine. Die Rechtsprechung leitet die Haftungsbeschränkung allerdings noch aus einer ausdrücklich oder stillschweigend in der Satzung enthaltenen Beschränkungsklausel ab: RGZ 74, 371 ff. (374); RGZ 85, 256 ff. (260); RGZ 90, 173 ff. (177); RGZ 143, 212 ff. (216). Während RGZ 74, 374 und RGZ 85, 260 annehmen, die Vollmacht des Vorstandes eines nicht rechtsfähigen Vereins beschränke sich "in der Regel" auf den Anteil der Mitglieder am Vereins-

fähige Verein sind keine Juristischen Personen, woraus folgt, daß die Mitglieder selbst Träger der Rechte und Pflichten sind. Auch hier kann also, wie aufgezeigt, durchaus eine Haftungsbeschränkung nur auf die Mitglieder in ihrer Verbundenheit gegeben sein. Wenn aber schon der Schluß von der Pflichtenträgerschaft auf die persönliche Haftung des einzelnen Gesellschafters einer OHG zweifelhaft ist, so umsomehr der Schluß darauf, daß dieser "Erfüllung" schulde.[1] Angesichts der angeführten Beispiele ist ebenso gut die Auffassung vertretbar, daß die unbeschränkte persönliche Haftung der Gesellschafter einer OHG erst auf Grund der gesetzlichen Anordnung des § 128 HGB eintritt, ohne daß hiermit nur eine notwendige Folgerung aus dem Charakter der OHG gezogen und gewissermaßen deklaratorisch ausgesprochen würde.

Auch jene Theorien, die in der OHG eine Juristische Person sehen, können Rechtsnatur und Schuldinhalt der Gesellschafterhaftung nach § 128 HGB nicht auf begriffslogischem Wege hieraus ableiten. Zwar ist zuzugeben, daß es nahe liegt, bei verschiedener Rechtssubjektivität, hier der Gesellschaft, dort der Gesellschafter, auch eine verschiedene Rechtsnatur, einen verschiedenen Schuldinhalt anzunehmen. Zwingend ist diese Schlußfolgerung aber ebenfalls nicht. Auch bei der KGaA und der Genossenschaft[2], beides Juristische Perso-

---

vermögen, ist nach RGZ 90,177 eine derartige Vermutung nicht aufzustellen. So auch Gierke, Vereine ohne Rechtsfähigkeit in Festgabe für Dernburg S. 29,30; Danz DJZ 07,377 ff. (380 bis 382). A.A. Rümelin AcP 101,361 ff., der zwar eine Haftungsbeschränkung nicht grundsätzlich ausschließt, aber an sehr strenge Voraussetzungen bindet.

1) Fischer, Diss. Anm. 4 S. 5 scheint der Ansicht zu sein, daß eine begriffliche Deduktion für die eine Juristische Person bei der OHG verneinenden Theorien möglich sein müsse, sofern eben nur die Rechtsnatur der OHG eindeutig bestimmt werden könne, was nicht der Fall sei. Ebenso Fischer in LM Nr. 4 zu § 128 HGB. Er läßt die Deduktion also nur hieran scheitern.

2) Paulick, Genossenschaftsrecht § 17 I 3 S. 172, § 33 I S. 342. Das frühere Recht kannte bis zur Novelle vom 20.12.1933 (RGBl. I, 1089) noch eine Unterscheidung in Genossenschaften mit beschränkter und unbeschränkter Haftpflicht und unbeschränkter Nachschußpflicht, wobei unter "Haftpflicht" die unmittelbare Haftung der Genossen gegenüber den Gläubigern verstanden wurde. Dieser direkte Zugriff auf das Vermögen der Genossen war allerdings nur im Fall des Konkurses eröffnet.

nen, ist zum Teil eine persönliche Haftung der Mitglieder gegeben - hier mittelbar, dort unmittelbar. Bei der KGaA ist die persönliche Haftung mindestens eines Mitgliedes sogar Begriffsmerkmal (Art. 219 AktG).

Sieht man die OHG als Juristische Person mit eigener Rechtssubjektivität an, kann man ebenso gut und mit gleicher Berechtigung zu der Annahme gelangen, zwar schuldeten die Gesellschafter "an sich" nicht Erfüllung, § 128 HGB durchbreche aber jene begriffslogische Ableitung und ordne kraft positiven Rechts Erfüllungsschuldnerschaft an.[1] Der insoweit unscharfe Wortlaut des § 128 HGB läßt auch diese Möglichkeit der Deutung zu.

So sehr auch die begriffsjuristische Verfahrensweise auf den ersten Blick besticht, sieht man einmal von den eben genannten Bedenken ab, über die man sich vielleicht notfalls hinwegsetzen könnte, indem man den genannten gesellschaftsrechtlichen Gestaltungen etwa Ausnahmecharakter zuschriebe, so wesentlich hängt ihr Erfolg doch davon ab, daß es tatsächlich gelingt, die Rechtsnatur der OHG eindeutig zu bestimmen. Denn nur dann, wenn diese zweifelsfrei festgestllt werden kann, darf ein Schluß auf Rechtsnatur und Schuldinhalt der Gesellschafterhaftung nach § 128 HGB überhaupt versucht werden. Von einem unsicheren, nicht eindeutig bestimmten, gar von einem in sich widerspruchsvollen Obersatze aus, lassen sich sichere Ergebnisse nicht ableiten. Das ergibt sich schon aus der inneren Logik des begriffsjuristischen Systems.

Es darf aber inzwischen als gesicherte Erkenntnis angesehen werden, daß sich bei der OHG, ja, bei dieser sogar in besonders ausgeprägtem Maße, Elemente der Vielheit und der Einheit mischen,[2] daß sie sowohl nach den Organisationsprinzipien der Juristischen Person, als auch denen der gesamten Hand strukturiert ist.[3] Es bleibt dann allerdings eine Wertungsfrage, ob man daraus die Folgerung ziehen will, entweder die Elemente der Einheit, oder aber die Elemente der Vielheit überwögen so sehr, daß grundsätzlich von einer Juristischen Person gesprochen werden müsse, deren Struktur in Teilbereichen weitgehend aufgelockert sei, oder aber von einem lockeren personenrechtlichen Zusammenschluß, der sich in manchen Beziehungen einer Juristischen Person nähert. Zu einer der beiden Entscheidungen muß man gelangen, hält man die

---

1) Fischer, Diss. S. 5 FN 4; Hueck OHG § 21 II 3 S. 197

2) Vgl. die Übersicht bei Fabricius S. 164 ff. und die handelsrechtlichen Kommentare zu §§ 105, 124 HGB

3) O.v.Gierke ABR 19,117 und Luckat, Diss. S. 30

dualistische Theorie[1] für gerechtfertigt, nach welcher Gesellschaften und Juristische Personen als einander ausschließende Gegensätze gedacht werden, - der scharfen Trennung der römischen societas und der universitas personarum vergleichbar -, wobei die ersteren durch das Element der Vielheit, die letzteren durch das Element der Einheit geprägt, die Juristischen Personen ferner durch ihre Rechtsfähigkeit, die Gesellschaften durch deren Fehlen gekennzeichnet werden. Die Gesamthandsgemeinschaften, also auch die OHG, werden nach der dualistischen Theorie den nicht rechtsfähigen, durch das Element der Vielheit geprägten "Gesellschaften" zugeordnet.

Es bleibt schließlich noch die dritte Möglichkeit, die OHG nicht generell dem einen oder anderen Extrem zuzuordnen, die Notwendigkeit der langezeit herrschend gewesenen dualistischen Theorie zu leugnen, und in Anerkennung des mixtum compositum von Einheits- und Vielheitselementen für jedes auftauchende Einzelproblem die Frage zu stellen, ob gerade in diesem Bereich die Struktur der OHG vom Einheits- oder vom Vielheitsgedanken beherrscht wird.[2] Es würde so in sehr differenzierter Weise der Tatsache Rechnung getragen, daß die OHG nach zwei verschiedenen, sich überschneidenden Organisationsprinzipien aufgebaut, daß sie sowohl "kollektive Einheit", als auch "individuelle Einheit"[3], Gesamthand und Juristische Person zugleich ist, kurz, daß der OHG eine Doppelnatur zukommt. Die Notwendigkeit gerade dieser Betrachtungsweise hat Fischer[4] in überzeugender Weise dargetan und damit nachgewiesen, daß die dualistische Theorie der Vielfalt unserer gesellschaftsrechtlichen Möglichkeiten nicht gerecht wird.[5] Auch O.v. Gierke wird nicht zu den Anhängern der dualistischen Theorie zu zählen sein, auch wenn sich bei ihm der Satz findet, körperschaftliche und gesellschaftliche Vereini-

---

1) Der Begriff der "dualistischen Theorie" in diesem Zusammenhang wurde von Wieland HR § 35 S. 402 ff., 426 ff. geprägt

2) So Fischer, Diss. S. 45,46,48; Schönfeld Ih.Jb. 75,374; Schreiber, KGaA S. 266

3) Fabricius S. 163

4) Fischer verwendet den Hauptteil seiner Dissertation auf die Klärung gerade dieser Frage einer Überwindung des dualistischen Systemdenkens

5) Der gleiche Gedanke findet sich auch bei Gareis HR § 24 S. 130; Heinsheimer, Über die Teilhaberschaft S. 16,17,29 ff.; Rhode, Juristische Person und Treuhand S. 145 ff.; Schreiber, KGaA S. 31 bis 38, bes. S. 37; Wieland HR § 35 S. 402 ff.

gungen seien "durch einen scharfen begrifflichen Einschnitt zu sondern."[1] Denn er fährt in unmittelbarem Anschluß hieran fort: "Allein, auf der einen Seite müssen wir in den Körperschaftsbegriff die Möglichkeit einer verfassungsmäßigen Ergänzung des Einheitsrechtes der Verbandsperson durch vielheitliches Sonderrecht der Glieder, auf der anderen Seite in den Gesellschaftsbegriff die Möglichkeit einer Zusammenfassung der Personenmehrheit zu einer Personeneinheit aufnehmen. Nennen wir die hierbei wirksamen deutschen Rechtsgedanken einerseits das genossenschaftliche Prinzip, und andrerseits das Prinzip zur gesamten Hand, so können wir sagen, daß die deutsche Körperschaft einer mehr oder minder durchgeführten genossenschaftlichen Struktur, die deutsche Gesellschaft oder Gemeinschaft einer mehr oder minder entwickelten Einheit zur gesamten Hand fähig ist. Hieraus erklärt sich die außerordentliche Dehnbarkeit, die im Gegensatze zu den spröden römischen Begriffen den unseren eignet; hieraus die nahe Berührung, die im Leben zwischen den untersten Gliedern der Körperschaftsreihe und den obersten Gliedern der Gesellschaftsreihe stattfindet; hieraus die nun doch einmal durch keinen juristischen Machtspruch wegzuschaffende innere Verwandtschaft zwischen Gebilden diesseits und jenseits der trennenden begrifflichen Grenze."[2]

Ein dualistisches Systemdenken mag dort angebracht sein, wo sich Rechtsinstitute gegenüberstehen, die einander weitgehend ausschließen, bei denen Elemente des anderen lediglich als Ausnahmen erscheinen, so daß über die grundsätzliche Zuordnung einer Erscheinung zu diesem oder jenem Rechtsinstitut eigentlich kein Zweifel entstehen kann. Es mag schließlich auch ein trialistisches System einleuchten, wenn sich die Notwendigkeit ergibt, die jeweils dem anderen Extrem sich zuneigenden Grenzfälle zweier Rechtsinstitute auszusondern und zusammenzulegen, sofern sich nur diese auszuscheidenden Grenzfälle wieder unter einem einheitlichen, zur Abgrenzung geeigneten Gesichtspunkt zusammenfassen lassen, und so durch Bildung einer dritten Gruppe ein unscharf gefaßtes System zu bereinigen. Gerade der Versuch, die Rechtsnatur der OHG zu bestimmen, legt eine Lösung in dieser Richtung nahe. Zwar wird die OHG auch jetzt schon ganz allgemein den "Gesamthandsgemeinschaften" zugeordnet. Aber diese werden doch in der Regel nicht als besondere, selbstän-

---

1) O.v.Gierke, Dt.Pr.R. I S. 481

2) O.v.Gierke, Dt.Pr.R. I S. 481,482. - Hervorhebungen vom Verfasser. Vgl. zur Auffassung von Gierke noch: Fischer, Diss. FN 92 S. 32 und Wieland HR FN 74 S. 427

dige Gruppe von Gemeinschaften verstanden, die neben den "Juristischen Personen" und den "Gesellschaften" eine eigenständige Daseinsberechtigung hätte, sondern nur als - wenn auch bedeutendste - Untergruppe der "Gesellschaften", die sich von anderen hierunter zu subsumierenden Fällen gerade dadurch unterscheiden, daß sie nach dem Organisationsprinzip der gesamten Hand strukturiert sind.

Gegen solche Versuche, die Unebenheiten des dualistischen Systems durch Bildung eines trialistischen zu glätten, wendet sich unter anderen Fischer mit Recht, indem er versucht, darzulegen, daß damit dem gesellschaftsrechtlichen Formenreichtum nur Zwang angetan würde.[1] Die gesellschaftsrechtlichen Typen bildeten vielmehr eine Stufenfolge, wobei zunächst der Gedanke der Vielheit eine beherrschende Rolle spiele - vor allem, wenn noch die schuldrechtlichen (nicht gesellschaftsrechtlichen), die personenrechtlichen Verträge und die schlichte Rechtsgemeinschaft als Anfangsglieder dieser Reihe hinzugefügt würden - dann aber der Einheitsgedanke immer mehr Raum einnehme, um schließlich nach einem Zwischenstadium annähernder Gleichwertigkeit bei der OHG in den Bereich der Juristischen Person einzumünden, bei der den vom Vielheitsgedanken getragenen Elementen lediglich noch Ausnahmecharakter zukomme. Zur Vermeidung von Mißverständnissen sei noch erwähnt, daß Fischer diese Stufenfolge nicht im Sinne einer Genese verstanden wissen will, sondern vielmehr als das Ergebnis einer systematisierenden Betrachtungsweise ex post unter dem Blickwinkel: Einheit - Vielheit. Dies sind für ihn die entscheidenden Ordnungsgesichtspunkte. Eine Leugnung etwa der Existenz Juristischer Personen und der Notwendigkeit, gewisse gesellschaftsrechtliche Vereinigungen unter diesem Oberbegriff zusammenzufassen, dürfte ihm ferngelegen haben.[2] Sicher ist auch eine topische Betrachtungsweise statthaft, bei der nur gefragt wird, welche Interessenlage und welche Funktion eines gesellschaftlichen Zusammenschlusses gerade die ins Auge gefaßte gesellschaftsrechtliche Gestaltung hervorgebracht hat. Sie steht aber einem späteren Systematisierungsversuch durchaus nicht entgegen.

Gleichgültig aber, ob man nun bereit ist, Fischer zu folgen, oder aber, ob man die OHG - topisch - für sich betrachtet, oder schließlich die OHG einer selbständigen Gruppe "Gesamthandsgemeinschaften" zuordnet, stets wird sie ein komplexes Gebilde bleiben, in dem sich Elemente der Vielheit und der

---

1) Fischer, Diss. S. 11, 34

2) Fischer, Diss. S. 39

Einheit vermengen, ohne daß generell vom Überwiegen des einen oder des anderen gesprochen werden könnte. Dann aber läßt sich hieraus ein Schluß im Wege begrifflicher Ableitung auf eine Einzelregelung aus dem Rechte der OHG nicht mit Sicherheit ziehen, also auch nicht Rechtsnatur und Schuldinhalt der Gesellschafterhaftung bestimmen. Aus mehreren Gründen versagt demnach die begriffsjuristische Methode für die Lösung unseres Problems, vor allem aber, weil deren unerlässliche Voraussetzung - die Eindeutigkeit und begriffliche Schärfe des Obersatzes - hier nicht erfüllt ist.

Es bleibt schließlich noch zu untersuchen, ob diese Methode wenigstens dann anwendbar wäre, wenn man die Möglichkeit der Existenz einer "relativen Juristischen Person" bejaht. Soweit uns bekannt, wurde bisher noch nicht versucht, von der Konstruktion einer relativen Juristischen Person OHG her Rechtsnatur und Schuldinhalt der Gesellschafterhaftung nach § 128 HGB nach begriffsjuristischer Methode abzuleiten. Dennoch sei diese Möglichkeit kurz untersucht.

Die Versuche, dem Begriff einer relativen Juristischen Person Daseinsberechtigung zu verleihen,[1] haben in der handelsrechtlichen Literatur, insbesondere in den maßgeblichen Kommentaren zum Handelsgesetzbuch, nur wenig Anklang gefunden.[2] Inwieweit es der aus neuester Zeit stammenden Monographie von Fabricius[3], welche den Nachweis der Notwendigkeit und die Rechtfertigung einer relativen Juristischen Persönlichkeit auf breitester Grundlage zum Gegenstande hat, beschieden sein wird, dieser Anerkennung zu verschaffen, vermag heute noch nicht beurteilt zu werden. Eine Auseinandersetzung mit dieser Frage würde weit über das Thema dieser Arbeit hinausführen. Immerhin kann so viel gesagt werden, daß alle Anhänger einer relativen Juristischen Persönlichkeit, mögen sie sie auch im einzelnen verschieden rechtfertigen, begrenzen und ausgestalten, gemeinsam ist, daß sie einem Teilbereich einer an

---

1) Vgl. schon Dahn, handelsrechtliche Vorträge, 1875, S. 75 ff.; Gareis HR § 24 S. 129 bis 131 und § 27 S. 162

2) Vgl. aber jetzt BGHZ 10,100. Die hier verwendete Formulierung, "die OHG stellt im Rahmen des § 124 HGB ein eigenes Rechtssubjekt in dem Sinne dar, daß ihr eigene Ansprüche zustehen und eigene Verpflichtungen obliegen, die etwaigen Ansprüchen und Verpflichtungen der einzelnen Gesellschafter selbständig gegenüberstehen", legt den Gedanken an eine relative Juristische Persönlichkeit der OHG sehr nahe, wie Fabricius S.168,169 richtig bemerkt

3) Fabricius, Relativität der Rechtsfähigkeit,1963

sich nicht rechtsfähigen Person oder Gemeinschaft Rechtsfähigkeit zuerkennen. Gerade diese Beschränkung ist verantwortlich für die bloße Relativität der angenommenen Rechtsfähigkeit. Einer begriffsjuristischen Ableitung der Rechtsnatur und des Schuldinhaltes der Gesellschafterhaftung nach § 128 HGB aus einer relativen Juristischen Person OHG stünden aber die gleichen Bedenken entgegen, wie sie oben bei der Kritik an der begriffsjuristischen Ableitung aus einer absoluten Juristischen Person ausgeführt wurden. Auch hier könnte aus den gleichen Gründen nicht ausgeschlossen werden, daß der Gesellschafter zwar "an sich" - d.h. auf Grund begriffslogischer Deduktion - nicht Erfüllung schulde, § 128 HGB aber eben dies kraft positiven Rechtes anordne. Auch die größere Bestimmtheit des Obersatzes, die durch die Betrachtung nur eines Ausschnittes aus der Gestaltung der OHG erreicht wird, wobei die einer einheitlichen Beurteilung entgegenstehenden Elemente der Vielheit weitgehend eliminiert werden, vermag diesen Einwand nicht auszuschließen. Es sei im übrigen noch erwähnt, daß Fabricius die Relativität der Juristischen Persönlichkeit bei der OHG gerade aus der besonderen Gestaltung der Haftung nach § 128 HGB herleitet, ohne die der OHG volle Juristische Persönlichkeit zuerkannt werden müßte, nicht aber umgekehrt diese Haftung aus einer zuvor bestimmten und ermittelten relativen Juristischen Person OHG.[1)]

2. Kritische Untersuchung des Ergebnisses der herrschenden Lehre

Sehen wir einmal davon ab, daß die herrschende Lehre ihre Ergebnisse auf einem, wie wir meinen, für unser Problem nicht gangbaren Weg erreicht hat, nehmen wir also an, die herrschende Lehre wäre etwa über eine Interessenabwägung zu demselben Resultat gelangt,[2)] so bleibt immer noch die Aufgabe, dessen Haltbarkeit zu prüfen, ihm zuzustimmen, oder aber vorhandene Unstimmigkeiten aufzuzeigen.

Die herrschende Lehre geht davon aus, der Gesellschafter schulde grundsätzlich Erfüllung. In einer Reihe von Fällen läßt sie Ausnahmen zu. Untersucht man

---

1) Fabricius S. 181,182

2) Daß dies möglich ist, zeigt schon die Lehrmeinung Huecks, deren Ergebnis dem der herrschenden Lehre nahekommt

einmal die Kriterien dafür, wann eine solche Ausnahme vorliegen soll, unabhängig davon, ob der Grundsatz der Erfüllungsverpflichtung vertretbar ist - unterstellt also vorerst dessen Richtigkeit -, so erscheinen sie als durchaus sachgerecht. Abweichende vertragliche Regelungen sind nach § 305 BGB, der auch für das Handelsrecht gilt, stets dann zulässig, wenn keine zwingende Vorschrift entgegensteht. Zwingend ist hier aber nur § 128 S. 2 HGB, der lediglich besagt, eine Vereinbarung, welche die persönliche Haftung des Gesellschafters ausschließe, sei unwirksam. Diese Vorschrift bezieht sich aber nur auf beschränkende Vereinbarungen durch den Gesellschaftsvertrag oder durch die Gesellschafter untereinander. Daneben bleibt die Möglichkeit bestehen, daß ein Gläubiger durch Vereinbarung mit der OHG oder einem einzelnen Gesellschafter auf diese Haftung verzichtet.[1] Die abweichende vertragliche Vereinbarung bedeutet auch keine dogmatische, wohl eine faktische Durchbrechung der grundsätzlichen Rechtsnatur und des vom Gesetz vorgesehenen Regelschuldinhaltes, so wie ihn die herrschende Lehre versteht.

Allerdings darf wohl nicht zu Unrecht aus der Tatsache, daß alle Vertreter der herrschenden Lehre für den Bereich der Unterlassungsschulden abweichende vertragliche Vereinbarungen zulassen, deren Vorliegen zum Teil als sehr wahrscheinlich erachten, und stets betonen, daß sehr sorgfältig zu prüfen sei, ob nicht vertraglich Abweichendes vereinbart wurde, geschlossen werden, daß gerade hier der Grundsatz der Erfüllungshaftung auch des einzelnen Gesellschafters zumindest in einer Vielzahl von Fällen auf eine entgegengerichtete Interessenlage stößt.

Sachgerecht ist es auch, Ausnahmen von der grundsätzlichen Erfüllungsverpflichtung dann zuzulassen, wenn die OHG ihren Gesellschafter zu einer Leistung zu verpflichten suchte, die in dessen gesellschaftsfreien Bereich fällt. Mit dem Eintritt in eine OHG begibt sich der Gesellschafter nicht der Verfügungsmacht über seine sämtlichen Güter und überträgt sie der Geschäftsführung der OHG. Vielmehr bleiben alle die Güter in seiner eigenen und alleinigen Verfügungsmacht, die in keiner Beziehung zur Gesellschaftssphäre stehen. Daß er gegebenenfalls seine Güter dem Gesellschaftsgläubiger bei der von diesem betriebenen Zwangsvollstreckung zum Zwecke der Befriedigung zur Verfügung stellen muß, berührt diese Frage nicht. Hier geht es ja nur um die Verpflich-

---

1) Hueck, OHG § 21 III S.204; Rospatt ZBH 1932,247; Schlegelberger-Gessler § 128 HGB Anm. 37 S. 1144,1145; Weipert in RGRK § 128 HGB Anm. 37 S.263; Wieland HR § 54 I Anm. 3 S. 636

tung, bestimmte dem gesellschaftsfreien Bereich zugehörende Güter auszuliefern. Ein Nachteil ist allerdings, daß die herrschende Lehre nicht angibt, nach welchen Kriterien sie den gesellschaftlichen und den gesellschaftsfreien Bereich des Gesellschafters scheiden will. Da die hiermit aufgeworfene Frage wesentlich mit der Bestimmung des Schuldinhaltes der Gesellschafterhaftung zusammenhängt, soll hierauf später noch näher eingegangen werden.

Soll der Gesellschafter schließlich dann nicht Erfüllung schulden, wenn er persönlich hierzu nicht in der Lage ist, weil die Verbindlichkeit ihrer Natur nach nicht durch ihn erfüllt werden kann, so ist auch dies keine willkürliche Ausnahme. Es wäre unbillig, den Gesellschafter einer OHG zu Leistungen verpflichten zu wollen, von denen schon bei Begründung der Verbindlichkeit feststeht, daß er sich niemals - auch bei entsprechender Bemühung nicht - in die Lage versetzen kann, sie zu erfüllen, weil ihm bestimmte Eigenschaften fehlen, bzw. weil die Leistung nur durch eine einzige andere bestimmte Person erfüllt werden kann.

Mögen die Kriterien für die Bestimmung der Ausnahmen, isoliert betrachtet, auch sachgerecht sein, so ist doch nunmehr zu fragen, ob die Regel - daß der Gesellschafter Erfüllung schulde - zutreffend von der herrschenden Lehre bestimmt worden ist.

Die herrschende Lehre ist der Auffassung, der von ihr auf begriffsjuristischem Wege entwickelte Grundsatz, der Gesellschafter schulde die inhaltlich gleiche Leistung wie die OHG, sei auch sachlich gerechtfertigt. Hierbei legt sie aber in erster Linie Geldschulden, bei denen ihr die Erfüllungsschuldnerschaft des einzelnen Gesellschafters als unbezweifelbar erscheint, als die am häufigsten auftretende Form von Gesellschaftsverbindlichkeiten, der Bewertung ihrer Bestimmung von Rechtsnatur und Schuldinhalt der Gesellschafterhaftung zugrunde. Bereits dieser Ausgangsthese, daß nämlich eine bestimmte Rechtsnatur und ein bestimmter Schuldinhalt einer Verbindlichkeit von der Geldschuld her gerechtfertigt werden könnte, kann nicht zugestimmt werden.[1] Geldschulden sind, für sich genommen, indifferent. Ob die Zahlung einer Summe Geldes, durch welche eine auf Geldleistung gerichtete Schuld getilgt wird, als Erfüllung, als Leistung von Schadensersatz oder als ein Drittes zu charakterisieren ist, ist ihr selbst nicht anzusehen. Leistungshandlung und Leistungserfolg sind stets die gleichen. Eine Aussage über Rechtsnatur und Schuldinhalt ist, da verschie-

---

1) So auch Geller, Diss. S. 30

dene Möglichkeiten in Betracht kommen, nicht ohne weiteres zu treffen. Soll eine bestimmte Rechtsnatur und ein bestimmter Schuldinhalt einer Verpflichtung, die auf begriffslogischem Wege ermittelt wurden, sich auch der Sache nach als gerechtfertigt erweisen, bestätigt sich dieses Ergebnis bei Geldschulden, ebenso noch bei auf vertretbare und gattungsmässig bestimmte Sachen gerichtete Schulden, nicht aber bei Verbindlichkeiten anderen Schuldinhaltes, - und zwar aus inneren Gründen nicht -, so kann die Rechtfertigung nicht als gelungen angesehen werden. Wenn man schon annimmt, daß die Haftung des Gesellschafters einer OHG für alle Arten von Schulden eintritt, wie dies der ganz einhelligen Auffassung entspricht, so kann unseres Erachtens die Rechtsnatur und der Schuldinhalt einer Haftungsregelung nur aus einer Gesamtschau aller ihr unterfallender Verbindlichkeiten, der Geld-, wie der Nichtgeldschulden, bestimmt bzw. gerechtfertigt werden, wobei Rechtsnatur und Schuldinhalt an den differenzierteren Verbindlichkeiten entwickelt, sich an ihnen als zutreffend bestimmt erweisen müssen.

Unbefriedigend ist das Ergebnis der herrschenden Lehre vor allem insoweit, als es ihr nicht gelingt, Rechtsnatur und Schuldinhalt der Haftung des Gesellschafters einer OHG einheitlich zu bestimmen. Sie sieht sich genötigt, für einen sehr weiten Bereich Durchbrechungen hinzunehmen. Ergäbe sich eine Ausnahme jeweils aus den besonderen Umständen des Einzelfalles, so könnten diese Durchbrechungen als echte Ausnahmen hingenommen werden, Rechtsnatur und Schuldinhalt würden so kaum berührt. Das Bedenkliche an den Durchbrechungen der herrschenden Lehre, die diese zuläßt, wenn sie nach der persönlichen Erfüllbarkeit der Verbindlichkeit für den einzelnen Gesellschafter unterscheidet, ist aber darin zu sehen, daß für ganze Gruppen von Leistungen Rechtsnatur und Schuldinhalt generell abweichend bestimmt werden: statt Erfüllung - Schadensersatz, statt der mit der Gesellschaftsschuld inhaltlich gleichen Leistung, die oftmals nicht in Geld bestehen wird - Geldleistung. "Erfüllung", damit die Verpflichtung, die inhaltlich gleiche Leistung wie die OHG zu erbringen, das gilt für alle Schulden, die in Geld, vertretbaren oder gattungsmäßig bestimmten Sachen zu begleichen sind, in der Regel auch für Unterlassungsschulden, - Schadensersatz, damit die Verpflichtung, eine Summe Geldes in Höhe des Erfüllungsinteresses zu zahlen, das gilt für die auf Lieferung unvertretbarer Sachen,[1)] auf unvertretbare und höchstpersönliche Leistungen gerichtete Schul-

---

1) Diese Ansicht wird für die Lieferung unvertretbarer Sachen allerdings nur von einem Teil der herrschenden Lehre vertreten

den. Damit ist im Grunde kein echtes Regel-Ausnahme-Verhältnis festgelegt, sondern für die Gesellschafterhaftung nach § 128 HGB gilt eine verschiedene Rechtsnatur und ein verschiedener Schuldinhalt von vornherein, schon bei der Begründung der Verbindlichkeit, je nachdem, welche Art von Leistung durch die OHG zu erbringen ist.

Auch scheinen uns Rechtsnatur und Schuldinhalt der Gesellschafterhaftung für die Fälle nicht ausreichend bestimmt zu sein, in denen die herrschende Lehre Ausnahmen von der Erfüllungsverpflichtung anerkennt. Hier sollen die Gesellschafter "nur auf das Interesse bei Nichterfüllung durch die Gesellschaft in Anspruch genommen werden"[1]; sie sollen "für die Folgen der Nichterfüllung, den entstandenen Schaden"[2] eintreten. Diese Auffassung begegnet erheblichen Bedenken:

Wenn in diesen Fällen die Gesellschafter erst bei "Nichterfüllung durch die Gesellschaft" in Anspruch genommen werden sollen, so wird doch damit nichts anderes gefordert, als daß der Gläubiger sich zunächst an die Gesellschaft wenden und den Erfüllungsanspruch in einen Schadensersatzanspruch umwandeln muß, bevor er den einzelnen Gesellschafter in Anspruch nehmen kann. Damit aber wird die Gesellschafterhaftung nach § 128 HGB zu einer subsidiären, und dies, obwohl einhellig gefordert wird, daß die Haftung des Gesellschafters primär sein soll. Nicht etwa hat der Gläubiger in diesen Fällen sich nur mit einem anderen, dem nach herrschender Lehre an sich gegebenen Erfüllungsanspruch gegenüber geringerwertigen Anspruch auf eine Geldleistung zu begnügen, nicht etwa ändert sich der Schuldinhalt nur dem Gegenstande nach, - der Gläubiger muß darüber hinaus noch zuerst die Gesellschaft in Anspruch nehmen, kann also nicht direkt gegen den einzelnen Gesellschafter vorgehen. Soll denn, so muß doch wohl erlaubt sein, zu fragen, dem Gesellschafter hier eine "Einrede der Vorausklage" gegeben sein? Oder doch wenigstens eine aufschiebende Einrede des Inhaltes, erst haften zu müssen, wenn zuvor die Gesellschaft erfolglos in Anspruch genommen worden ist, ohne daß es erst noch einer Klage und erfolglos gebliebenen Zwangsvollstreckung bedürfte? Hiermit wird ein Ergebnis erzielt, das sich mit Sinn und Zweck des § 128 HGB kaum vereinbaren läßt. Eine derartige Einrede hätte das Gesetz selbst vorsehen müssen, zumal sich der Charakter der Gesellschafterhaftung dadurch für einen Teilbereich der Anwendungsfälle entscheidend verändern würde. Auch deshalb hätte eine Sub-

---

1) Schlegelberger-Gessler § 128 HGB Anm. 6 S. 1135

2) Weipert in RGRK § 128 HGB Anm. 5 S. 250 - Hervorhebung vom Verfasser

sidiarität der Gesellschafterhaftung im Gesetz selbst angeordnet werden müssen, wäre der Gesetzgeber wirklich dieser Ansicht gewesen, weil das Handelsgesetzbuch sonst sorgsam darauf bedacht ist, subsidiäre Ansprüche, die das Bürgerliche Gesetzbuch zuläßt oder als Regelfall konstruiert, in primäre Ansprüche umzuwandeln. Das gilt insbesondere für die insoweit von jeder Lehrmeinung aus vergleichbare Bürgschaft, sofern sie ein Handelsgeschäft ist, und unter der gleichen Voraussetzung, wenn sich die Bürgschaft aus einem Kreditauftrag ergibt (§ 349 HGB). Eine subsidiäre Haftung ist im Bereich des Handelsrechtes, das auf die Förderung einer schnellen Abwicklung der Geschäfte bedacht ist, systemfremd, so daß Abweichungen einer positivrechtlichen Regelung bedürfen.

Die Konstruktion der herrschenden Lehre, für ihre Ausnahmefälle die Haftung nach § 128 HGB subsidiär zu gestalten, wird erklärlich, wenn man einmal untersucht, welche Konsequenzen sich ergäben, wollte man dem Gläubiger sowohl einen Primäranspruch zugestehen, als auch gleichzeitig an einer auf Schadensersatz gerichteten Schuld festhalten. Hierbei gilt es zwei Fälle zu unterscheiden:

Nimmt der Gläubiger, obwohl er es an sich nicht nötig hätte, zuerst die Gesellschaft bzw. einen an sich zur Erfüllung fähigen Gesellschafter erfolglos in Anspruch, so entsteht ihm daraus ein Schaden; der Erfüllungsanspruch verwandelt sich in einen Schadensersatzanspruch. Dieser kann nun nach herrschender Lehre, wie auch ohne weiteres einsichtig ist, gegen den einzelnen Gesellschafter geltend gemacht werden. Diesen (Normal-) Fall hat wohl die herrschende Lehre vornehmlich im Auge.

Ist diese Fallgestaltung eindeutig, so ist damit allein doch noch nicht die Vertretbarkeit des Ergebnisses voll erwiesen. Es ist vielmehr zu fragen, ob auch dann von einer Schadensersatzschuld gesprochen werden kann, wenn der Gläubiger nicht zuerst die Gesellschaft oder einen zur Erfüllung fähigen Gesellschafter in Anspruch nimmt, sondern sofort gegen einen Gesellschafter vorgeht, der "nach der Natur des Anspruchs" und der "Sonderart der Verbindlichkeit" nicht in der Lage ist, in eigener Person zu erfüllen. Für einen Schadensersatzanspruch fehlt es hier offensichtlich an einem Schaden. Dieser ist noch gar nicht eingetreten, solange der Gläubiger noch keinen Versuch unternommen hat, seine auf Erfüllung gerichtete Forderung zu realisieren.[1] Die Forderung gegen den allein

---

1) Von Verzugs- und ähnlichen Folgeschäden soll hier abgesehen werden, da diese in der Regel den eigentlichen Anspruch zunächst unberührt lassen

zur Erfüllung fähigen Schuldner, in der Regel die Gesellschaft, besteht noch. Diese wäre entweder ohne weiteres oder doch bei entsprechendem Druck bereit, zu erfüllen. Ein Erfüllungsanspruch gegen den Gesellschafter, der sich bei Nichterfüllung in einen Schadensersatzanspruch umwandeln könnte, wird aber von der herrschenden Lehre in den hier interessierenden Fällen gerade verneint.[1] Eine Analogie zu § 283 BGB braucht hier infolgedessen gar nicht erst erwogen zu werden. Da also nach herrschender Lehre ein Primäranspruch gegen den Gesellschafter nicht besteht, der auf Erfüllung gerichtete Primäranspruch gegen die OHG aber noch nicht in einen Schadensersatzanspruch übergegangen ist, den dann auch der einzelne Gesellschafter zu befriedigen hätte, - ein Schaden ist ja noch nicht entstanden -, kann die Rechtsnatur der Gesellschafterhaftung nach § 128 HGB auch nicht "Schadensersatz" sein.

Der Vollständigkeit halber sei noch erwähnt, daß es sich bei dem Anspruch der herrschenden Lehre auch nicht um einen "primären Schadensersatzanspruch" handeln kann, der sich von vornherein als solcher gegen den einzelnen Gesellschafter richten würde. Zwar ist anerkannt, daß Schadensersatzansprüche nicht schon begrifflich subsidiärer Natur sein müssen, sondern daß es auch primäre Schadensersatzansprüche geben kann.[2] Das trifft beispielsweise für die Ansprüche aus Unfall- oder anderen Schadensversicherungen zu. Voraussetzung ist dann aber stets, daß überhaupt ein Schaden entstanden ist. Das aber wäre hier oftmals nicht der Fall. Die Vertreter der herrschenden Lehre gehen auch nicht so weit, einen Schaden zu fingieren, - ein Indiz zum mindesten dafür, daß sie selbst von einer subsidiären Schadensersatzverpflichtung ausgehen. Auch lassen ihre Formulierungen nicht erkennen, daß sie für die von ihnen vorgesehenen Ausnahmen eine primäre Schadensersatzverpflichtung annehmen.

Selbst dort, wo der Gesellschafter einer OHG nach herrschender Lehre Erfüllung schuldet, beispielsweise bei einer Lieferverpflichtung auf vertretbare oder der Gattung nach bestimmte Waren, gerät die herrschende Lehre in nicht geringe

---

1) Besonders deutlich Schlegelberger-Gessler § 128 HGB Anm. 6 S. 1135: "Daß nur die Gesellschaft auf Erfüllung haftet" - Hervorhebung vom Verfasser

2) Vgl. Enneccerus-Lehmann § 14 V, VI S. 61, 62 in allerdings etwas anderer Bedeutung für die Fälle, in denen das negative Interesse zu ersetzen ist, wenn eine wirksame Primärverpflichtung nicht zustande gekommen ist. Vgl. auch Kress, Allg. Schuldrecht § 16 Anm. 5 S. 352 ff. ("die vereinbarte Schadensersatzschuld")

Schwierigkeiten, wenn es sich nicht um eine OHG, sondern um eine Kommanditgesellschaft handelt, und ein Kommanditist in Anspruch genommen wird, der seine Einlage noch nicht geleistet hat.[1] Nach § 171 HGB haftet der Kommanditist in diesem Falle dem Gläubiger bis zur Höhe seiner Einlage unmittelbar. Man ist sich insoweit einig, als der Kommanditist hier grundsätzlich die gleiche Leistung zu erbringen hat, wie der persönlich haftende Gesellschafter, daß die Qualität der Schuld gleich, daß sie lediglich quantitativ auf die Höhe der zu leistenden Einlage beschränkt ist.[2] Ist nun beispielsweise eine Kommanditgesellschaft zur Lieferung einer Maschine im Werte von DM 10.000,- verpflichtet, die in Serie hergestellt wird, so schuldet der persönlich haftende Gesellschafter nach herrschender Lehre die Erfüllung der Lieferungspflicht. Wie aber soll dies möglich sein, wenn nun der zur gleichen Leistung verpflichtete Kommanditist in Anspruch genommen wird, wenn er nur eine Einlage in Höhe von DM 5.000,- zu leisten hat? Soll er etwa nur zur Leistung der Maschine Zug um Zug gegen Zahlung des Unterschiedsbetrages zwischen deren vollem Wert und der Höhe seiner noch zu leistenden Einlage verpflichtet sein? Wie wäre es bei solcher Konstruktion, wenn dem Gläubiger Stundung des vollen Kaufpreises gewährt worden ist? Diese gewiss nicht sehr praktikable Lösung ist sicher vom Gesetzgeber nicht gewollt. Welche Ausnahmen von der Erfüllungsverpflichtung, welche die herrschende Lehre bei der OHG zuläßt, soll hier unmittelbar oder auch nur analog herangezogen werden können? In welcher Weise ließe sich eine weitere Ausnahme rechtfertigen ? Die herrschende Lehre zieht sich dadurch aus der Affäre, daß sie den Kommanditisten bei auf unteilbare Leistungen gerichteten Verbindlichkeiten, sofern ihr Wert die Höhe der von ihm zu erbringenden Einlage übersteigt, nicht zur Erfüllung, sondern nur zur Leistung von Schadensersatz in Höhe seiner noch nicht geleisteten Einlage verpflichtet sein läßt.[3] Es soll nicht bezweifelt werden, daß dieses Ergebnis

---

1) Vgl. hierzu Fischer, Diss. S. 87,88

2) Geller, Diss. S. 41; Gierke ABR 19,127; Ritter § 171 HGB Anm. 3 f S. 380; Schlegelberger-Gessler § 171 Anm. 6 S. 1377, Anm. 8 S. 1378; Staub-Pinner § 171 HGB Anm. 6 S. 873; Weipert in RGRK § 171 HGB Anm. 2 S. 619, Anm. 3 S. 619, Anm. 5 S. 620

3) Schlegelberger-Gessler § 171 HGB Anm. 6 S. 1377, Anm. 8 S. 1378; Weipert in RGRK § 171 HGB Anm. 2,3 S. 619, besonders Anm. 5 S. 620, Anm. 9 S. 621, Anm. 11 S. 622; wohl auch Ritter § 171 HGB Anm. 3f S. 380; a.A. Geller, Diss. S. 41 und Staub-Pinner § 171 HGB Anm. 6 S. 873, Anm. 13 S. 874, die annehmen, die Forderung gegen den Kommanditisten gehe immer auf eine Geldleistung

sachlich gerechtfertigt ist, hält man den Kommanditisten grundsätzlich zur Erfüllung verpflichtet. Dennoch muß der Einwand erlaubt sein, daß die herrschende Lehre es nur mit einer Inkonsequenz erkaufen kann, indem sie eine Unterscheidung vorzunehmen genötigt ist, die das Gesetz selbst nicht vorsieht. Auch von hier aus stellt sich also die Frage, ob die herrschende Lehre den Grundsatz der Gesellschafterhaftung als einer Erfüllungsschuldnerschaft zutreffend bestimmt hat.

Es sei schließlich noch erwähnt, daß eine Lehre, die in jedem Falle Erfüllung von dem einzelnen Gesellschafter forderte, - ohne Rücksicht darauf, ob er hierzu in der Lage ist, ja, überhaupt je in die Lage versetzt werden kann, in eigener Person zu erfüllen -, sich nicht diesen Schwierigkeiten ausgesetzt sehen würde, mit denen die herrschende Lehre zu kämpfen hat. Der Gläubiger würde dann stets zuerst Erfüllung fordern, indem er gegen die OHG, den einzelnen Gesellschafter, oder gegen beide zugleich vorginge. Wird daraufhin nicht erfüllt, so enthöbe ihn § 283 BGB des Nachweises der Unmöglichkeit der Erfüllung, wenn er seinen Schadensersatzanspruch gegen den Gesellschafter geltend machen möchte. Daß niemand, soweit wir sehen, eine solche Lehre vertritt, ist nur zu begrüßen. Denn eine Rechtsordnung, die für eine Vielzahl von Fällen von einem Schuldner rechtlich und tatsächlich Unmögliches verlangte, würde ihre Aufgabe in schwerwiegender Weise verfehlen, dem Rechtsfrieden zu dienen und ihre Regelungen im Einklang mit der Rechtsüberzeugung des Volkes zu halten.

II. DIE DER INTERESSENJURISTISCHEN METHODE FOLGENDEN LEHRMEINUNGEN

1. Kritische Untersuchung der Lehre Huecks

Zu untersuchen ist nunmehr, ob die Lehre Huecks zu befriedigenderen Ergebnissen führt. Entscheidend ist für ihn die Auslegung der Rechtsgeschäfte der OHG. Ergibt sie, daß lediglich die Gesellschaft als solche verpflichtet sein soll, so sei zu fragen, ob der in Anspruch genommene Gesellschafter als geschäftsführender Gesellschafter fähig sei, die geschuldete Leistung in eigener Person herbeizuführen oder nicht. Ergibt die Auslegung, daß auch die einzel-

nen Gesellschafter oder ein bestimmter Gesellschafter verpflichtet sein sollen, so entscheide sich die Frage, was der Schuldner zu leisten habe, danach, ob den in Anspruch genommenen Gesellschafter eine Pflicht treffe, der OHG die betreffende Leistung zu erbringen, oder ob eine solche Verpflichtung nicht bestehe. Jeweils in dem ersten der genannten Fälle schulde der Gesellschafter dem Gläubige. Erfüllung, im zweiten Falle Hinwirkung darauf, daß die OHG ihre Verpflichtung erfülle und Schadensersatz, wenn diese ihr nicht nachkomme.

Für die Regel will Hueck daran festhalten, daß der Gesellschafer einer OHG zur Erfüllung verpflichtet ist, so daß alle die Fälle, in denen seiner Auffassung nach der Gesellschafter nur ein Hinwirken bzw. Schadensersatz schulden soll, von da her als Ausnahmen zu charakterisieren sind. Verfolgt man die Ausführungen Huecks aufmerksam, so läßt sich aber feststellen, daß er wohl doch von diesem Regel-Ausnahmeverhältnis selbst nicht ganz überzeugt zu sein scheint. Das wird deutlich, wenn man jenen Teil seiner Argumentation ins Auge faßt, in dem er die für die Unterlassungspflichten entwickelten Grundsätze auf die Verpflichtungen zu positiver Leistung überträgt[1]. Nimmt er schon bei den Unterlassungspflichten an, der einzelne Gesellschafter sei grundsätzlich nicht selbst zur Unterlassung auch in seinem eigenen Bereich verpflichtet, so daß er also in der Regel nicht zu erfüllen habe,[2] - es sei denn, die OHG habe von der "allerdings" gegebenen Möglichkeit Gebrauch gemacht, ein Unterlassen auch ihrer Mitglieder zuzusagen -, so scheint Hueck auch bei positiven Leistungen nicht von der grundsätzlichen Erfüllungsverpflichtung auszugehen. Er schreibt: "Es muß also zunächst im Wege der Auslegung festgestellt werden, ob die OHG nur ein Verhalten der Gesellschafter als Gesamtheit, oder auch eine Tätigkeit eines bestimmten einzelnen Gesellschafters zugesagt hat."[3] Ähnliche Formulierungen erscheinen noch an weiteren Stellen des Textes. Wenn wirklich der Grundsatz gelten soll, daß der einzelne Gesellschafter Erfüllung schuldet, so hätte es nahe gelegen und wäre konsequent gewesen, zu formulieren, es sei zu fragen, ob die OHG die Erfüllungsverpflichtung für einige Gesellschafter ausgeschlossen habe. Man wird angesichts dessen Widerspruchsfreiheit der Ausführungen Huecks nicht annehmen können. Mag diese Argumentation vielleicht dem Wortlaut zu viel Bedeutung beimessen, so sei darauf hingewiesen, daß hiermit allein noch kein Beweis gegen Huecks Ansicht geführt

---

1) Hueck, OHG § 21 II 5 S.201 Abs.3
2) Hueck, OHG § 21 II 5 S.200
3) Hueck, OHG § 21 II 5 S.201; Hervorhebungen vom Verfasser

werden sollte. Es schien aber doch erforderlich, aufzuzeigen, daß der Grundsatz, der einzelne Gesellschafter habe in aller Regel zu erfüllen, doch nicht so selbstverständlich ist - auch nicht für die Vertreter einer Lehre, die sich für ihn verwenden - wie es zunächst scheinen mag.

Erkennt man an, daß der einzelne Gesellschafter grundsätzlich Erfüllung schuldet, so ist zunächst an sich nichts dagegen einzuwenden, daß gefordert wird, er habe dann zu erfüllen, wenn er geschäftsführender Gesellschafter sei. Dies vor allem dann, wenn man bedenkt, daß in § 114 HGB als Regelvorstellung des Gesetzgebers zum Ausdruck gelangt ist, daß alle Gesellschafter zur Geschäftsführung berechtigt und verpflichtet sind. Doch sollte man sich hierauf nicht zu sehr stützen, da von der Möglichkeit des § 114 Abs. 2 HGB, die Geschäftsführungsbefugnis auf einige wenige Gesellschafter zu beschränken und damit die übrigen auszuschließen, nicht selten Gebrauch gemacht wird. Das Regel-Ausnahme-Verhältnis der dispositiven Gesetzesnorm, und das der Praxis, wie es sich aus der Inanspruchnahme der Dispositionsbefugnis ergibt, brauchen einander nicht zu entsprechen. Auf jeden Fall ist die Regelung des § 114 HGB insoweit untauglich, als fester Maßstab zu dienen. Die Unterscheidung danach, ob der Gesellschafter geschäftsführend tätig ist oder nicht, ist doch wohl im Grunde nichts anderes als eine Konkretisierung des Kriteriums der herrschenden Lehre, nach dem zu fragen ist, ob eine Verbindlichkeit ihrer Natur bzw. ihrer Sonderart nach durch den einzelnen Gesellschafter persönlich erfüllbar ist, sofern man dieses Kriterium nicht zu eng auslegt. Der Unterschied besteht darin, daß in diesen Fällen die Unmöglichkeit der Erfüllung in eigener Person aus der Art der Verbindlichkeit selbst folgt, während bestimmte Leistungen durch den nicht geschäftsführungsberechtigten Gesellschafter deshalb nicht erbracht werden können, weil ihm als solchem nicht die Möglichkeit gegeben ist, Verbindlichkeiten der OHG mit deren Mitteln zu erfüllen, da ihm die Befugnis, sich ihrer zu bedienen, nach dem Gesellschaftsvertrag nicht zusteht.

Die entscheidende Frage ist aber, ob der Anspruch gegen den geschäftsführenden Gesellschafter auf Erfüllung wirklich ein sich gerade aus § 128 HGB ergebender Anspruch ist. Unserer Auffassung nach ist der eigentliche Grund für seine Verpflichtung nicht darin zu finden, daß er tatsächlich in der Lage ist, in eigener Person zu erfüllen, und zwar "als Gesellschafter" nach § 128 HGB, sondern darin, daß er gerade "als geschäftsführender Gesellschafter" in Anspruch genommen wird. Er wird also in einer Eigenschaft in Anspruch genommen, die ihm deshalb zukommt, weil er in der Organisation der OHG eine bestimmte Funktion ausübt, die gerade um der Außenbeziehungen willen geschaffen worden ist. Durch ihre geschäftsführungs- und vertretungsberechtigten

Gesellschafter handelt die OHG im Rechtsverkehr; sie vermitteln deren Berechtigungen und Verpflichtungen. Ihnen steht die Verfügungsmacht über die sachlichen, finanziellen und personellen Mittel der OHG kraft ihrer Stellung zu. Ihr Handeln ist der OHG als deren eigenes Handeln zuzurechnen. Es wird hier also in Wahrheit ein Gesellschafts"organ"[1] in Anspruch genommen, dessen Verpflichtung zur Erfüllung der Leistung sich aus seiner organisationsrechtlichen Funktion und Stellung ergibt, nicht aber aus § 128 HGB. Wird der geschäftsführende Gesellschafter in dieser seiner Eigenschaft in Anspruch genommen, so wird demnach in Wahrheit die OHG selbst in Anspruch genommen. Der Beklagte ist lediglich ungenau bezeichnet. Insofern also kommt den geschäftsführenden Gesellschaftern im Hinblick auf ihre Haftung eine ganz andere rechtliche Bedeutung zu, als den von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Gesellschaftern.

Daß der Anspruch des Gesellschaftsgläubigers sich auch bei Hueck selbst letztlich gegen das Gesellschafts"organ", nicht aber gegen den Gesellschafter persönlich richtet, der Träger dieser "Organeigenschaft" ist, läßt folgende Formulierung Huecks erkennen: "Ist er geschäftsführender Gesellschafter, so kann er darauf verklagt werden, daß er bei Führung der Geschäfte der OHG die verbotene Handlung unterläßt."[2] Der Anspruch richtet sich also nicht gegen den Gesellschafter schlechthin, der gerade deshalb in Anspruch genommen werden kann, weil er (zufällig) als geschäftsführender Gesellschafter auf die Mittel der OHG einzuwirken und unmittelbar über sie zu verfügen vermag, deshalb persönlich erfüllen kann, sondern er richtet sich gegen ihn als denjenigen, dessen Handeln der OHG als ihr eigenes Handeln zugerechnet wird, darauf, die Verpflichtung zu dem versprochenen Tun oder Unterlassen einzuhalten. Denn: Leistet er mit Mitteln der OHG, so leistet diese selbst. Unterläßt er "bei Führung der Geschäfte der OHG", treibt er also beispielsweise nicht mit deren Mitteln Wettbewerb, so unterläßt auch die OHG und kommt damit ihrer Verpflichtung aus der Wettbewerbsabrede nach. Ganz deutlich wird diese Unterscheidung zwischen der Haftung "als Gesellschafter" und als "geschäfts-

---

1) Als "Organ" wird der geschäftsführende Gesellschafter der OHG bezeichnet, von Hamel, Diss. S. 57; Hellwig, Anspruch S. 258, besonders S. 274 und von Meusel, Diss. S. 23, 50 ff. Diese Bezeichnung sollte aber auf den Rechtsbereich der Juristischen Personen beschränkt bleiben, da Organschaft und Vertretungsbefugnis bei Personengesellschaften verschieden strukturiert sind.

2) Hueck, OHG § 21 II 5 S. 200. Hervorhebungen vom Verfasser.

führender Gesellschafter", wenn wir annehmen, daß der geschäftsführende Gesellschafter noch einen Privatbetrieb besitzt, der ganz unabhängig von der OHG betrieben wird. Wir glauben, Hueck dahin verstehen zu dürfen, daß er für diesen Fall annehmen würde, der geschäftsführende Gesellschafter könne zwar darauf verklagt werden, "daß er bei Führung der Geschäfte der OHG" die verbotene Handlung unterlasse, nicht aber, daß er selbst "im Rahmen eines ihm gehörenden Betriebes" keinen Wettbewerb treibe. Denn in diesem Bereich spielt ja die Eigenschaft als "geschäftsführender " Gesellschafter keine Rolle. Hier handelt es sich nicht um Geschäfte der OHG, so daß der mit privaten Mitteln durchgeführte Wettbewerb auch nicht der "Führung der Geschäfte der OHG" unterfällt. Es ist auch kein vernünftiger Grund zu erkennen, warum er im Gegensatz zu den übrigen Gesellschaftern nicht sollte tun dürfen, was jenen ohne weiteres erlaubt ist, sofern nicht eine anderslautende Abrede ausdrücklich oder stillschweigend getroffen ist. Die Verpflichtung des geschäftsführenden Gesellschafters zur Erfüllung dürfte sich konsequenterweise auch für Hueck eigentlich nicht aus § 128 HGB ergeben, wenn er seine Erfüllungshaftung auf den Bereich und die Mittel der OHG beschränkt, zumal es der Zweck des § 128 HGB ist, dem Gesellschaftsgläubiger die Haftung eines weiteren Vermögens neben dem der OHG zu eröffnen. Das aber wäre bei der Lösung Huecks nicht der Fall.

Aus § 128 HGB läßt sich auch nicht mit Hueck folgern, daß die Pflicht, den Wettbewerb zu unterlassen, vom geschäftsführenden Gesellschafter nach § 890 ZPO in der Weise erzwungen werden könne, daß sich gegen ihn persönlich die dort vorgesehenen Geld- und Haftstrafen richteten.[1] Die Geldstrafe wird grundsätzlich gegen die OHG festgesetzt. Für sie haftet der geschäftsführende Gesellschafter, wie jeder andere Gesellschafter auch nach § 128 HGB haftet. Zwar ist es der geschäftsführende Gesellschafter, auf dessen Veranlassung hin "die OHG" dem Unterlassungsgebot zuwiderhandelt. Aber dieses von ihm bewirkte Zuwiderhandeln wird der OHG als dem "Schuldner" im Sinne des § 890 ZPO zugerechnet. Daher trifft auch die hier vorgesehene Geldstrafe in erster Linie das Vermögen des eigentlichen Schuldners, hier also der OHG, der Gesellschafter in ihrer Verbundenheit.[2] Auch die Haftstrafe des § 890 ZPO wäre an sich gegen die OHG zu verhängen. Da diese selbst aber willensunfähig

---

1) Hueck, OHG § 21 II 5 S.200

2) Stein-Jonas II § 890 ZPO V; Wieczorek § 890 ZPO B IV a 1 S. 995; SchlH OLG in SchlHA 1955, 224

ist und als solche nicht handeln, auch der Natur der Sache nach nicht als solche in Haft genommen werden kann, richtet sich diese Maßnahme gegen deren geschäftsführenden Gesellschafter, durch dessen Vermittlung die OHG überhaupt erst im Rechtsverkehr tätig wird. Die Haftstrafe nach § 890 ZPO wird deshalb gegen den geschäftsführenden Gesellschafter vollzogen,[1] weil auf seinen Willen einzuwirken ist, wenn "die OHG" zu einem bestimmten Verhalten veranlaßt werden soll, und weil die Vollziehung der Haftstrafe anders gar nicht möglich ist, um den auch bei der OHG gegebenen Bedürfnis nach einer derartigen Maßnahme der Zwangsvollstreckung gerecht zu werden. Hier zeigt sich aber mit besonderer Deutlichkeit, daß sich diese Art der Haftung nicht aus § 128 HGB ableiten läßt, sondern aus der organisationsrechtlichen Funktion des geschäftsführenden Gesellschafters heraus verstanden werden muß. Sie erklärt sich somit aus der Sphäre der OHG, nicht aus der des Gesellschafters, wie es für eine Herleitung aus § 128 HGB erforderlich wäre.[2]

Eine Klage, sowie die Vollstreckung nach § 890 ZPO, sowohl gegen die OHG, als auch gegen deren geschäftsführenden Gesellschafter sind schließlich nur dann sinnvoll, wenn der Gläubiger durch die zweite Klag- bzw. Vollstreckungsmöglichkeit ein "mehr" erreicht, als wenn ihm diese nicht zur Verfügung stünden. Eine Gesamtschuld beispielsweise ist deshalb sinnvoll, weil der Gläubiger hier statt des einen mehrere Schuldner hat, die ihm für den gleichen Leistungszweck haften. Nach dem Recht der OHG ist eine Klage gegen irgendeinen der Gesellschafter neben der OHG, ohne daß zwischen diesen ein Gesamtschuldverhältnis bestünde, deshalb von Bedeutung, weil dem Gläubiger - gleichgültig, wie Rechtsnatur und Schuldinhalt der Gesellschafterhaftung bestimmt werden -, die Haftung einer weiteren Vermögensmasse eröffnet wird. Ihm haftet das Gesellschaftsvermögen als das gesamthänderisch gebundene Vermögen aller Gesellschafter einerseits, die Privatvermögen dieser Gesellschafter andrerseits. Wie aber steht es hiermit bei einer Klage und bei einer Vollstreckung nach § 890 ZPO gegen den geschäftsführenden Gesellschafter neben den gleichen Maßnahmen, wenn sie sich gegen die OHG richten? Bei positiven Leistungen kann der Gesellschaftsgläubiger in der von Hueck selbst getroffenen Beschränkung den geschäftsführenden Gesellschafter nur insoweit auf Erfüllung in An-

---

1) Stein-Jonas II § 890 ZPO V; Wieczorek § 890 ZPO B IV a 2 S. 995, B IV a 3 S. 995

2) Entsprechendes gilt für die Haftung nach § 888 ZPO: Stein-Jonas II § 888 ZPO IV; Wieczorek § 888 ZPO C I S. 984

spruch nehmen, soweit dessen Geschäftsführungsbefugnis reicht - also darauf, mit Mitteln der OHG zu erfüllen. Richtet der Gesellschaftsgläubiger die Klage gegen die OHG, so erreicht er genau dasselbe. Denn auch dann wird letztlich der geschäftsführende Gesellschafter verpflichtet, für die von ihm vertretene, durch ihn handelnde OHG zu leisten. Das Gleiche gilt für Unterlassungsschulden. Auch die Klage gegen die OHG, daß diese die verbotene Handlung unterlasse, läuft darauf hinaus, dem geschäftsführenden Gesellschafter für den Bereich der OHG die Hände zu binden. Denn nur durch ihn unterläßt und handelt die OHG. Entsprechendes gilt für die Vollstreckung nach § 890 ZPO. Kann aber ein Gesellschaftsgläubiger durch zwei verschiedene Klagen - einmal gegen die OHG, zum anderen gegen deren geschäftsführenden Gesellschafter - nur ein- und dasselbe erreichen, wird ihm dadurch nicht eine weitere Möglichkeit verschafft, seine Rechte zu wahren, so zeigt sich nicht nur, daß die zweite Klage überflüssig ist, sondern es beweist auch, daß es sich bei der Klage gegen den geschäftsführenden Gesellschafter - soweit er ausdrücklich zu aus dieser Eigenschaft sich ergebenen Handlungen verurteilt werden soll - nicht um eine Klage aus § 128 HGB handelt. Vielmehr liegt dann lediglich eine ungenaue Bezeichnung des Beklagten in der Klageschrift vor, die durch Änderung des Rubrums richtigzustellen ist. Die erhobene Klage richtet sich in Wahrheit gegen die OHG A & Co, vertreten durch ihren geschäftsführenden Gesellschafter A. Welcher Art die gegen ihn "als Gesellschafter" aus § 128 HGB gerichtete Forderung ist, wie sich diese Haftung im einzelnen gestaltet, ist eine ganz andere, hier noch ausführlich zu erörternde Frage.

Etwas anders konstruiert der Bundesgerichtshof in BGHZ 23, 302 ff. die Verpflichtung des geschäftsführenden Gesellschafters zur Erfüllung. Der Bundesgerichtshof gab hier dem auf Rechnungslegung gerichteten Anspruch gegen den geschäftsführenden Gesellschafter statt, wobei er im Gegensatz zu Hueck den Gesellschafter nicht deshalb zur Erfüllung verpflichtet hält, weil er "als geschäftsführender" dazu fähig wäre, sondern weil er sich der OHG gegenüber zur Erbringung aller mit der Geschäftsführung zusammenhängender Tätigkeiten verpflichtet und sich damit des Schutzes begeben hat, der ihm sonst seinen persönlichen Bereich von aus dem Gesellschaftsbereich stammenden Erfüllungsverpflichtungen frei gehalten hätte.

Damit bedient sich der Bundesgerichtshof einer - allerdings nicht für diese Fälle gedachten - Konstruktion Huecks, die es nunmehr auf ihre Schlüssigkeit hin zu untersuchen gilt. Trifft den Gesellschafter wirklich eine Pflicht, in eigener Person zu erfüllen, wenn er sich der OHG gegenüber verpflichtet hat, dieser eben die Leistung zu erbringen, welche die OHG ihrem Gläubiger zu

erbringen versprochen hat? Soll ein solcher Anspruch tatsächlich begründet sein, ohne daß die Gesellschaft erst ihren Anspruch gegen den Gesellschafter an den Gläubiger abzutreten gehabt hätte? Nehmen wir einmal an, die OHG A & Co habe ein ihrem Gesellschafter A gehörendes Grundstück an den Gläubiger G verkauft. A ist - etwa auf Grund einer Bestimmung des Gesellschaftsvertrages - verpflichtet, dieses Grundstück an die OHG aufzulassen, es in sie einzubringen. Nehmen wir weiter an, die OHG habe sich im Gesellschaftsvertrag zu erheblichen Gegenleistungen an A verpflichtet, diese aber noch nicht erfüllt. A sei auch ein Zurückbehaltungsrecht vertraglich eingeräumt worden, sowie ein Rücktrittsrecht, das sich nur auf die Einbringung des Grundstücks bezieht, und von dem bei Vorliegen bestimmter Umstände oder bei bestimmten Vorgängen im Bereich der OHG Gebrauch gemacht werden darf. Soll nun wirklich angesichts aller dieser Klauseln und Vorbehalte der Gesellschafter A ohne weiteres durch die OHG zur unbedingten Übereignung an den Gesellschaftsgläubiger verpflichtet worden sein? Dessen Anspruch soll nach Huecks Auffassung zwei Voraussetzungen haben: einen Auflassungsanspruch des G gegen die OHG, und einen Auflassungsanspruch der OHG gegen ihren Gesellschafter A. Dieser Fall liegt doch im Grunde nicht anders als der, bei dem ein Auflassungsgläubiger B seinem Käufer G das an ihn selbst erst noch aufzulassende Grundstück des A verkauft. Auch hier wird doch ganz allgemein verlangt, daß B seinen gegen A gerichteten Auflassungsanspruch an G abzutreten habe, wird davon ausgegangen, daß der Kaufvertrag zwischen B und G allein nicht genüge, um letzterem einen Auflassungsanspruch unmittelbar gegen A zu verschaffen. Ohne Abtretung des Auflassungsanspruchs verbleibt es für G bei dem Auflassungsanspruch gegen seinen unmittelbaren Vertragspartner B. Das ist auch von praktischer Bedeutung. Denn durch die Abtretung werden auch die Rechte des Auflassungsschuldners weitgehend gewahrt. Nach § 404 BGB kann er seine Einwendungen gegen den Auflassungsanspruch des B, wie sie sich aus dem zwischen ihnen bestehenden Rechtsverhältnis ergeben, auch gegenüber G geltend machen.

Es ist zwar zuzugeben, daß dem Gesellschafter die im Verhältnis zur OHG gegebenen Einwendungen auch dem Gesellschaftsgläubiger gegenüber erhalten werden könnten, wenn man sich dazu entschlösse, § 404 BGB analog anzuwenden. Eine solche Konstruktion rechtfertigte sich aber unseres Erachtens nur, wenn gerade daraus etwas Besonderes folgte, daß der Anspruch in der gesellschaftlichen Sphäre entstanden ist. Das Besondere in diesem Sinne sieht Hueck wohl darin, daß den Gesellschafter nach § 128 HGB grundsätzlich die Pflicht treffe, "zu erfüllen". Diese Erfüllungsverpflichtung bestehe für ihn darin, dafür zu sorgen, daß die OHG ihn zwinge, das Grundstück zu übereignen. Dadurch

werde aus der an sich nur gegebenen Hinwirkungsverpflichtung eine Erfüllungsverpflichtung gegenüber dem Gesellschaftsgläubiger. [1]

Ganz abgesehen davon, daß uns die Entwicklung der Erfüllungsverpflichtung aus einer an sich nur gegebenen Hinwirkungspflicht dogmatisch kaum begründbar erscheint, mag diese Lösung auf den ersten Blick auch recht elegant anmuten, so vermag doch der gegebene Sachverhalt in der Würdigung, wie sie Hueck vorgenommen hat, eine analoge Anwendung der §§ 398 ff. BGB nicht zu rechtfertigen. Das scheint uns schon daran scheitern zu müssen, daß hier ein abtretungsähnlicher Vorgang nicht gegeben ist. Der Abtretung eigentümlich ist der vollständige Übergang der Gläubigerstellung vom Altgläubiger an den Neugläubiger. [2] Der Zedent erfüllt seine Verpflichtung und wird ihrer dadurch ledig, daß er sich seiner Gläubigerstellung begibt. Ein abtretungsähnlicher Vorgang wäre also in unserem Falle auch ohne Abtretungserklärung, aber durch Vermittlung der Hinwirkungspflicht aus § 128 HGB dem Gläubiger gegenüber dann gegeben, wenn durch die im Kaufvertrag mit dem Gläubiger enthaltene Verpflichtung zur Übereignung des Grundstückes des A die OHG bereits ihrer Verpflichtung nachgekommen und aus der Erfüllungshaftung ausgeschieden wäre. Gerade das will Hueck aber durch seine Konstruktion nicht dartun. Ihm kommt es vielmehr darauf an, nachzuweisen, daß der Gesellschafter einer OHG dann n e b e n dieser zur Erfüllung verpflichtet ist, wenn er sich selbst zuvor zur Erfüllung eben der Leistung an die OHG verpflichtet hatte, die jene dem Gesellschaftsgläubiger zu erbringen versprochen hat. Es handelt sich hier also mehr um einen der Schuldmitübernahme vergleichbaren Vorgang, bei der Einwendungen aus dem Innenverhältnis der Schuldner im Verhältnis zum Gläubiger im allgemeinen nicht berücksichtigt werden, so daß § 404 BGB keine Anwendung findet. Können dem Gesellschafter aber die Einwendungen, die er gegen die OHG als seinen Vertragspartner hat, nicht durch analoge Anwendung des § 404 BGB auch dem Gesellschaftsgläubiger gegenüber erhalten werden, so scheint uns das Erfordernis einer ausdrücklich oder doch zum min-

---

1) Hueck, OHG § 21 II 5 S.201 und Anm. 23 S.201. Die Gleichsetzung von "Erfüllung" als Inhalt der Verpflichtung, die von der OHG übernommene Leistung zu erbringen, und von "Erfüllung" als Inhalt der Verpflichtung, dafür zu sorgen, daß die OHG erfülle, ist widersprüchlich. Die zweite Version kennzeichnet die von Hueck angenommene Regel (vgl. Hueck, OHG § 21 II 5 S.199)

2) Esser, Schuldrecht § 89 Anm. 3 S.413

desten stillschweigend erklärten Abtretung mehr zu sein, als nur "ein überflüssiger Umweg, wenn man von ihm (dem Gläubiger) zunächst ein solches Vorgehen gegen die OHG (Erwirken der Abtretung des Anspruchs der OHG gegen den einzelnen Gesellschafter) verlangen würde".[1] Hueck meint weiter noch: "Es stände im Widerspruch mit dem Grundsatz, daß die persönliche Haftung der Gesellschafter eine primäre und nicht subsidiäre ist".[2] Zu dem ersten Argument kann nur gesagt werden, daß unsere Rechtsordnung nun einmal diesen "Umweg" der Abtretung generell für derartige Rechtsgeschäfte vorsieht - angesichts der in den §§ 398 ff. BGB an sie geknüpften Folgen mit gutem Grund. Auch das zweite Argument vermag das Erfordernis einer Abtretung nicht zu beseitigen. Sicher soll der Anspruch des Gesellschaftsgläubigers gegen den einzelnen Gesellschafter primär sein. Die Frage ist nur, was unter "primär" zu verstehen ist, was insbesondere Hueck selbst hierunter versteht. Fischer betont in LM Nr. 4 zu § 128 HGB[3] nachdrücklich, daß der Bundesgerichtshof sich insoweit nicht Hueck angeschlossen habe, als er sich nicht auf das Argument stütze, die Haftung des Gesellschafters sei eine primäre, nicht eine subsidiäre, weshalb der einzelne Gesellschafter die Gesellschaftsverbindlichkeit selbst zu erfüllen und nicht nur für das Erfüllungsinteresse einzustehen habe. Wenn Fischer dann fortfährt, der primäre Charakter der Haftung nach § 128 HGB sei nicht vom Inhalt dieser Haftung abhängig, so ist dem zuzustimmen. Fischer verkennt aber wohl doch, daß auch Hueck den Begriff "primär" nicht materiell, sondern formell dahin versteht, der Gesellschaftsgläubiger solle gegen den einzelnen Gesellschafter einen unmittelbaren Anspruch haben, der bereits mit der Begründung der Verpflichtung der OHG durch diese entsteht, ohne daß es erst noch weiterer Handlungen der OHG bedürfte. Daß Hueck den Begriff des "Primären" nicht materiell versteht, geht schon daraus hervor, daß er dieses Erfordernis nicht nur dann als erfüllt ansieht, wenn der Gesellschafter inhaltlich genau die gleiche Leistung zu erbringen hat wie die OHG,[4] - so beispielsweise bei Geldschulden -, sondern auch dann, wenn seine Verpflichtung darauf gerichtet ist, für die Erfüllung durch die OHG zu sorgen,[5] wie dies bei sonstigen (Nichtgeld-) Schulden der Fall sei. Dies erscheint bei Hueck sogar als der Regelschuldinhalt,

---

1) Hueck, OHG § 21 II 5 S.201 FN 23 (Klammererläuterung vom Verfasser)
2) Hueck, OHG § 21 II 5 S.201 FN 23
3) Anmerkung zu BGHZ 23,302 ff.
4) Hueck, OHG § 21 II 5 S.199 und II 6 S.202
5) Hueck, OHG 21 II 5 S.199

was nicht zuletzt daraus erhellt, daß er bei der hier in Rede stehenden Fallgestaltung zu einer unmittelbaren Erfüllungsverpflichtung des einzelnen Gesellschafters nur über die Brücke dieser Hinwirkungspflicht gelangt. [1)]

Wenn nun Hueck der Ansicht ist, die Verpflichtung des Gesellschafters werde subsidiär, wenn die OHG erst ihren gegen ihn gerichteten Auflassungsanspruch an den Gläubiger abtreten müsse, weil die OHG dann über die bloße Eingehung einer Verpflichtung hinaus noch ein Weiteres zu tun hätte, um dem Gesellschaftsgläubiger einen unmittelbaren Anspruch auch gegen den einzelnen Gesellschafter zu verschaffen, so ist dem entgegen zu halten, daß der Gesellschafter auch hier - hält man die Hinwirkungspflicht als Regelschuldinhalt mit Hueck für zutreffend - nur dazu verpflichtet ist, dafür zu sorgen, daß die OHG erfülle. Diese primäre Verpflichtung, die Hueck sonst für ausreichend hält, wird bereits mit Abschluß des Grundstückskaufvertrages und vor Abgabe einer Abtretungserklärung begründet. Der Gesellschafter genügt seiner aus § 128 HGB gefolgerten Hinwirkungspflicht dadurch, daß er auf die OHG einwirkt, sie möge ihren gegen ihn gerichteten Auflassungsanspruch an den Gesellschaftsgläubiger abtreten. Auf diese Weise kommt die OHG, folgt sie der Aufforderung ihres Gesellschafters, ihrer Verpflichtung aus dem Kaufvertrag nach, der Gläubiger erhält einen Auflassungsanspruch unmittelbar gegen den Grundstückseigentümer, also den Gesellschafter, und dieser behält als Auflassungsschuldner seine Einwendungen aus dem Verhältnis zur OHG auch gegenüber dem Gläubiger. Die vollzogene Abtretung ist hier eben nicht ein Akt, der neben die Verpflichtung der OHG eine unmittelbare Verpflichtung des Gesellschafter-Eigentümers setzt, sondern bereits eine Erfüllungshandlung der OHG. Der Sprung von der bloßen Hinwirkungspflicht zur Erfüllungsverpflichtung, den Hueck vollzieht, scheint uns weder erforderlich, noch auch ausreichend begründet zu sein. Willigt der Gläubiger aus irgendeinem Grunde nicht in die Abtretung ein, so verbleibt es dabei, daß ihm unmittelbar nur die OHG auf Erfüllung, d.h. auf Übereignung des Grundstückes haftet, während den Gesellschafter weiterhin eine Erfüllungspflicht nur gegenüber der OHG trifft, neben die eine Verpflichtung dem Gläubiger der Gesellschaftsschuld gegenüber tritt, dafür zu sorgen, daß die OHG ihrer Verpflichtung nachkommt. Dem

---

1) Würde Hueck "primär" wirklich materiell verstehen, so müßte man annehmen, daß er eine gegenüber der Erfüllung, wie sie allgemein verstanden wird, geringere Schuld als primär ansehe, die dann - bei entsprechender Fallgestaltung-noch "primärer" würde. Auch dies zeigt mit Sicherheit, daß Hueck "primär" nur formell wertet.

braucht der Gesellschafter nicht unbedingt in der angegebenen Weise zu genügen. Er kann ihr auch dadurch nachkommen, daß er der OHG sein Grundstück verpflichtungsgemäß übereignet, um diese in die Lage zu versetzen, erfüllen zu können, wobei er seinen eigenen Interessen dadurch Rechnung tragen kann, daß er danach trachtet, von der OHG einen Ausgleich für die bei sofortiger Übereigung verloren gehenden Einwendungen zu erlangen, die unter Umständen einen erheblichen Vermögenswert verkörpern.

Auch abgesehen von den konstruktiven Bedenken wäre es unseres Erachtens äußerst unbillig, den Gesellschafter zur unbedingten Übereignung an den Gläubiger zu verpflichten, ihm alle seine Einwendungen abzuschneiden, und ihn darauf zu verweisen, eventuell gegebene Schadensersatzansprüche hinterher gegen die OHG geltend zu machen.

Beide Konstruktionen Huecks, zu einem unmittelbaren Erfüllungsanspruch gegen einen Gesellschafter statt eines bloßen Anspruchs auf Hinwirkung zu gelangen, begegnen einem weiteren Einwand. Ist dem Gläubiger wirklich zuzumuten, sich um die internen Verhältnisse der OHG zu kümmern, um zu ermitteln, welcher Zuständigkeitsbereich dem zur - eventuellen - Inanspruchnahme vorgesehenen Gesellschafter zukommt, bzw. welche Verpflichtungen der OHG gegenüber die einzelnen Gesellschafter eingegangen sind?[1)] Wir meinen: nein. Derartige Untersuchungen anzustellen, wäre notwendig. Denn: verzichtete er darauf, so ginge er ein erhebliches Risiko ein. Trifft seine Wahl zufällig einen geschäftsführenden Gesellschafter, oder einen Gesellschafter, welcher der OHG gegenüber zur Leistung dessen verpflichtet ist, was diese dem Gläubiger zu leisten versprochen hat, so kann er ihn unmittelbar auf Erfüllung in Anspruch nehmen. Hat er Pech und wählt einen "einfachen" Gesellschafter, so ist er auf die Geltendmachung eines Anspruches verwiesen, der sich auf eine Hinwirkung, bzw. auf Schadensersatz beschränkt. Auch dies spricht gegen die von Hueck getroffene Unterscheidung, ebenso wie die hierdurch bedingten Schwierigkeiten bei der Formulierung des Klagantrages. Der Gesellschaftsgläubiger hat eben nach Hueck nicht mehr nur e i n e Gruppe "Gesellschafter" sich gegenüberstehen, die ihm nach § 128 HGB neben der OHG für die Erfüllung der Gesellschaftsverbindlichkeiten haften; sondern neben der OHG gibt es drei verschie-

---

1) Diesen Einwand erhebt auch Würdinger, Gesellschaften, 1. Teil S. 126. Die Regelung der Geschäftsführung und Vertretung sei lediglich im Interesse der Gesellschaft getroffen, wovon die Gläubigerinteressen nicht berührt würden.

dene Gruppen von Gesellschaftern, von denen zwei allerdings auf das Gleiche haften, wenn auch aus anderem Grunde. Es erscheint doch sehr zweifelhaft, ob dies wirklich dem Sinn und Zweck des § 128 HGB entspricht. Wenn Hueck der Auffassung ist, der Einwand der Unzumutbarkeit sei berechtigt, wenn der Gläubiger die Leistung von der OHG verlange oder einzelne Gesellschafter nur auf Schadensersatz in Anspruch nehme, nicht aber, wenn er von einzelnen Gesellschaftern ein bestimmtes Handeln oder Unterlassen verlange,[1] so werden die Bedenken dadurch nicht ausgeräumt. Einmal ist die Notwendigkeit, die internen Verhältnisse der OHG in Beziehung auf den in Anspruch zu nehmenden Gesellschafter zu ergründen, in den von Hueck als unzumutbar bezeichneten Fällen nicht einzusehen, weil ein solches Bemühen hier völlig überflüssig wäre. Die OHG ist ohnehin ganz zweifellos zur Erfüllung verpflichtet. Will der Gläubiger einen Gesellschafter auf Schadensersatz in Anspruch nehmen, so bedarf es ebenfalls keiner weiteren Ermittlungen der internen Verhältnisse, da jeder Gesellschafter letztlich auf Schadensersatz haftet. Zum anderen aber soll der Gläubiger unseres Erachtens jeden Gesellschafter in ganz gleicher Weise sofort bei Fälligkeit in Anspruch nehmen können, ohne erst lange Ermittlungen anstellen zu müssen, die ihm unter Umständen durch die OHG erheblich erschwert werden können. Es erscheint auch nicht als zumutbar, wollte man vom Gläubiger erwarten, daß er sich bereits vor Eingehung eines Vertrages mit einer OHG eingehend über deren interne Verhältnisse erkundige. Der Abschluß von Verträgen würde so erheblich erschwert. Schließlich gilt es auch noch zu bedenken, daß der Gläubiger bei Abschluß eines Vertrages in aller Regel davon ausgehen wird, er werde von der OHG Erfüllung erlangen können. Um diesetwillen kontrahiert er ja mit ihr. Eine Erkundigung darüber, wer ihm in welchem Umfange haften werde, wenn sich seine Erwartung nicht erfüllt, erscheint auch von daher nicht gerade sehr sinnvoll.[2]

Es ist weiter zu fragen, welche Bedeutung der von Hueck angenommenen "Hinwirkungspflicht" des Gesellschafters auf Erfüllung durch die OHG zukommt. Ist

---

1) Hueck, OHG § 21 II 5 Anm. 22 S.201 gegen Würdinger aaO.

2) Es wird später noch bei der Begründung der eigenen Bestimmung von Rechtsnatur und Schuldinhalt der Gesellschafterhaftung nach § 128 HGB auszuführen sein, warum es im Gegensatz hierzu dem Gläubiger sehr wohl zuzumuten ist, zu erkunden, welcher der Gesellschafter einer OHG neben dieser bei einer zu vereinbarenden Wettbewerbsabsprache als Konkurrent in Frage komme und gegebenenfalls in die Vereinbarung mit einzubeziehen sei

der Gesellschafter nicht geschäftsführungsberechtigt, so daß er die Forderung des Gläubigers erfüllen könnte, oder trifft ihn keine Verpflichtung der OHG gegenüber zur Erbringung einer bestimmten Leistung, so ist Schuldinhalt der Gesellschafterhaftung nach § 128 HGB im Sinne der Lehrmeinung Huecks eben diese Hinwirkung. Diese Verpflichtung ist primär. Der Gläubiger kann sich unmittelbar an den Gesellschafter halten. Dem Gegenstande nach aber handelt es sich um ein minus gegenüber der Erfüllung, welche die OHG schuldet.

Die Hinwirkungspflicht wird von Hueck offensichtlich als Hauptleistungspflicht angesehen, die daher auch einklagbar sein muß. Sie ist wesentlicher Schuldinhalt. Über die Konsequenzen bei erfolglos bleibender Erfüllung und bei Nichterfüllung dieser Hinwirkungspflicht ist nichts weiter ausgeführt, insbesondere nicht über ihr Verhältnis zu einer doch wohl darüber hinaus noch bestehenden Schadensersatzpflicht. Es soll daher im folgenden der Versuch unternommen werden, aufzuzeigen, welche Folgen sich bei Annahme einer derartigen Verpflichtung ergeben.

Es ist zunächst einmal zu fragen, was die Folge wäre, wenn der Gesellschafter, auf seine Hinwirkungspflicht in Anspruch genommen, dieser nachkäme, also erfüllte, aber erfolglos bliebe. Was der Gläubiger von dem Gesellschafter fordern konnte, ist ihm gewährt worden, Mehr zu tun war der Gesellschafter nicht verpflichtet. Schadensersatz wegen Nichterfüllung d i e s e r Verpflichtung kann also nicht verlangt werden. Anders wäre es, wenn zwischen OHG und Gesellschafter ein Gesamtschuldverhältnis bestünde, bei dem zum mindesten bei Begründung der gemeinsamen Schuld Identität des Leistungsgegenstandes vorausgesetzt wird. Hier entstünde der Schaden gerade dadurch, daß der in Anspruch genommene Gesamtschuldner selbst nicht in der Lage war, seine eigene, im Gegensatz zu hier auf Erfüllung gerichtete Verbindlichkeit zu erfüllen. Der Schaden entstünde also in der eigenen Sphäre des in Anspruch Genommenen. Wenn der Gläubiger nun den einzelnen Gesellschafter hier dennoch - auch bei Nichtbestehen einer Identität des Leistungsgegenstandes - auch weiterhin in Anspruch nehmen können soll, so gibt es zwei Möglichkeiten einer Konstruktion, die ihm das erlauben. Für beide ist wesentlich, daß sich der Schadensersatzanspruch, - denn nur ein solcher kann noch übrig geblieben sein -, nur aus der Sphäre der Gesellschaft, der OHG selbst, ergeben kann.

Die erste Möglichkeit besteht darin, dem Gläubiger aufzugeben, nunmehr zuerst gegen die OHG vorzugehen, um den Erfüllungsanspruch gegen diese in einen Schadensersatzanspruch umzuwandeln, der dann auch gegen den einzelnen Gesellschafter geltend gemacht werden kann. Dem würde der Gedanke zu-

grunde liegen, daß der Primäranspruch gegen den Gesellschafter durch seine Erfüllung "verbraucht" worden sei, - denn ein Hinwirken, also ein Tun, nicht ein Erfolg wird ja von Hueck gefordert -, daß es ferner angesichts des noch bestehenden Erfüllungsanspruches gegen die OHG zunächst noch an einem Schaden fehle. Unbefriedigend hieran ist, daß der Gläubiger letztlich damit doch gezwungen würde, sich wegen der eigentlichen Leistung zuerst an die OHG zu wenden. Zwar wäre der Hinwirkungsanspruch an sich primär gegeben. Ob der Gläubiger durch seine Geltendmachung aber etwas Positives vom Gesellschafter erlangt, und ob er dies primär oder subsidiär erlangt, hinge davon ab, ob die Hinwirkung Erfolg hatte oder nicht. Gerade die Subsidiarität der Gesellschafterhaftung soll aber vermieden werden. Bei dieser Konstruktion würden im schlimmsten Falle nicht weniger als drei Klagen erforderlich sein, um den Anspruch des Gläubigers zu verwirklichen.

Die zweite Konstruktion würde sich an § 283 BGB anlehnen.[1] Bleibt die Hinwirkung des Gesellschafters auf die OHG erfolglos, entsteht auch weder hieraus, noch aus einer Inanspruchnahme der OHG selbst ein Schaden, so kann der Notwendigkeit, die Subsidiarität der Gesellschafterhaftung zu vermeiden, dadurch Rechnung getragen werden, daß der Eintritt des Schadens nach erfolgloser Hinwirkung des Gesellschafters auf Erfüllung durch die OHG vermutet wird, ähnlich, wie in § 283 BGB die Unmöglichkeit der Leistung vermutet wird, um so eine Anspruchsvoraussetzung für einen Schadensersatzanspruch zu schaffen, die ohne diese Bestimmung der Gläubiger nachzuweisen hätte. Die Vermutung des Schadenseintrittes würde sich hier daraus rechtfertigen, daß die OHG auf die Hinwirkung ihres vom Gläubiger in Anspruch genommenen Gesellschafters hin zu erkennen gegeben hat, daß sie zum mindesten in jenem Zeitpunkt zur Erfüllung nicht willens war. Die Wahrscheinlichkeit, daß die OHG bei direkter Inanspruchnahme durch den Gläubiger nach erfolglos gebliebener Hinwirkung durch den Gesellschafter erfüllungsbereit wäre, ist zwar nicht auszuschließen, liegt aber immerhin so weit außerhalb aller Lebenserfahrung, daß sie unbeachtet bleiben kann. Diese Lösung hätte den Vorteil, daß der Gläubiger nicht auf den Umweg über die Inanspruchnahme der OHG verwiesen würde. Sie bedeutet auch für den Gesellschafter in der Regel keinen Nachteil gegenüber der zuerst erwähnten Konstruktion, da der Gläubiger letztenendes in der ganz überwiegenden Mehrzahl der Fälle doch wieder gegen ihn vorgehen würde. Es handelte sich dann lediglich um einen zeitlichen Aufschub.

---

1) Anklänge für diese Lösung finden sich auch bei Lehmann § 20 IV 4 S. 126; allerdings ohne weitere Ausführungen

Es sei allerdings nicht verhehlt, daß einer Analogie zu § 283 BGB gewisse Bedenken entgegenstehen, wenn auch manche Gemeinsamkeit festgestellt werden kann. So ist die Interessenlage gleich. In beiden Fällen soll dem Gläubiger der Nachweis eines Schadens erspart werden, da gewisse Anhaltspunkte für eine "Unmöglichkeit" der Erfüllung vorliegen. Bewirkt bei § 283 BGB das rechtskräftige Urteil als Abschluß eines gerichtlichen Verfahrens, das alle Beweismöglichkeiten ausschöpfen kann und soll, daß der Schuldner den Erfüllungsanspruch als gegeben anerkennen muß, so bewahrt den Gesellschafter die Möglichkeit, die der OHG zustehenden Einwendungen nach § 129 HGB selbst geltend zu machen, davor, einen ungerechtfertigten Anspruch gegen sich hinnehmen zu müssen. Daß hier ein Schaden vermutet wird, dort Unmöglichkeit der Leistung, scheint zunächst eine analoge Anwendung zu verbieten. Auf der anderen Seite aber wird doch mit der Vermutung der Unmöglichkeit implicit auch ein Schaden wegen Nichterfüllung vermutet. Denn die Unmöglichkeit der Leistung bewirkt, daß ein Schaden eintritt, ein Schadensersatzanspruch entsteht. Unbefriedigend bleibt allerdings, daß eine Fristsetzung, wie sie in § 283 BGB gefordert wird, hier unterbleibt.

Wir meinen, daß gerade das Fehlen einer Anordnung, eine Frist zu setzen, zeigt, daß eine Hinwirkungspflicht, so wie sie Hueck wohl gedacht hat, vom Gesetz nicht gewollt ist. Unsere Kritik richtet sich nicht gegen die Hinwirkungspflicht an sich, sondern gegen deren Qualifizierung als Hauptverbindlichkeit. Wäre es richtig, daß die Hinwirkung Schuldinhalt einer Hauptpflicht wäre, so müßte dem Gesellschafter eine angemessene Frist bleiben, während der ihm die Möglichkeit gegeben wäre, auf die Gesellschafter der OHG einzuwirken, die an der Erfüllung durch diese mitzuwirken haben. Es muß ihm eine reelle Chance gegeben werden, seine Verpflichtung zu erfüllen. Diese Chance besteht aber ohne die Gewährung einer Frist nicht. Der Gläubiger hätte zwar das Recht, sich unmittelbar an den Gesellschafter zu wenden, müßte aber mit der Verwirklichung seines Schadensersatzanspruches zuwarten. Soll dem Gesellschafter also eine aufschiebende Einrede gegeben werden? Wie lang soll die Frist bemessen sein? Soll auch hier der Gläubiger ihre Dauer bestimmen dürfen? Was wäre als angemessene Frist anzusehen? Wäre sie abstrakt für alle vorkommenden Fälle festzulegen oder in jedem Einzelfall zu bestimmen? Alles Fragen, die noch offen sind, deren Beantwortung kaum von willkürlicher Bestimmung frei wäre. Auch die Tatsache, daß es sich hier um mehrere Schuldner handelt, bei § 283 BGB aber nur das Leistungsvermögen und der Leistungswille eines Schuldners in Rede steht, läßt eine analoge Anwendung dieser Vorschrift angesichts der hierdurch bedingten Verschiedenheiten nicht als geraten erscheinen.

Der Gesetzeswortlaut läßt unseres Erachtens ebenfalls die Statuierung einer Hinwirkungspflicht als Hauptschuldinhalt der Gesellschafterhaftung nach § 128 HGB nicht erkennen. Denn daß der Gesellschafter "für" die Verbindlichkeit der OHG haftet, kann wohl nicht dahin ausgedeutet werden. Allerdings ist der Wortlaut des § 128 HGB so weit gefaßt, daß hieraus überhaupt Folgerungen nicht gezogen werden sollten. Daß der Gesellschafter seiner Verpflichtung ledig wird, wenn es ihm gelingt, auf die Gesellschaft in der Weise einzuwirken, daß sie erfüllt, begegnet keinem Zweifel. Daß ihn eine Verpflichtung trifft, alles zu tun, was der Erfüllung der Gesellschaftsverbindlichkeiten förderlich ist, und alles zu unterlassen, was ihr hinderlich sein könnte, ergibt sich schon aus allgemeinen Grundsätzen. Derartige Verpflichtungen sind aber in der Regel, so auch hier, dem Gläubiger gegenüber bestehende, nicht selbständig einklagbare Nebenpflichten.

Erfüllt der Gesellschafter schließlich seine Hinwirkungspflicht nicht, bleibt er untätig, so erwächst dem Gläubiger hieraus unmittelbar ein Schadensersatzanspruch gegen ihn. Der Erfüllungsanspruch im Sinne Huecks hat sich dann in einen Schadensersatzanspruch umgewandelt. Der Schaden ist in der Sphäre des Gesellschafters selbst, durch sein eigenes Verhalten, entstanden. Besonderheiten sind hier nicht zu vermerken.

Schließlich erscheint ganz allgemein auch bei der Lehrmeinung Huecks als unbefriedigend, daß es ihm ebensowenig wie der herrschenden Lehre gelingt, den Schuldinhalt der Gesellschafterhaftung nach § 128 HGB einheitlich zu bestimmen. Hier zerfallen die Verpflichtungen in solche, die die Gesellschafter in der Weise zu erfüllen haben, daß sie die inhaltlich gleiche Leistung wie die OHG erbringen müssen, und solche, bei denen sie lediglich auf die Erfüllung durch die OHG hinzuwirken haben. Damit dürfte auch die Rechtsnatur der Gesellschafterhaftung nach § 128 HGB nicht mehr als einheitlich anzusehen sein. Um zu diesem Ergebnis zu gelangen, sieht sich Hueck, wie schon erwähnt, genötigt, drei verschiedene Gruppen von Gesellschaftern zu bilden, bei denen sich der Haftungstatbestand in jeweils verschiedener Weise verwirklicht.

2. Kritische Untersuchung der Mindermeinung

Die Mindermeinung sieht die Rechtsnatur der Gesellschafterhaftung nach § 128 HGB in einem "Einstehenmüssen", wonach der einzelne Gesellschafter das Interesse schulde, das der Gläubiger an der Erfüllung durch die OHG hat. Bei den Vertretern dieser Auffassung ist nicht immer klar erkennbar, ob der

Gläubiger zunächst die Gesellschaft selbst in Anspruch nehmen muß, so daß die Haftung nach § 128 HGB subsidiär wäre - darauf deutet beispielsweise die Wendung Müller-Erzbachs[1]: "Ersatz des Schadens aus Nichterfüllung" - oder aber, ob das Interesse sofort vom Gläubiger verlangt werden kann, ohne vorherige Geltendmachung des Erfüllungsanspruchs gegen die OHG. Dann würde es sich bei der Haftung nach § 128 HGB um eine primäre Schadensersatzschuld handeln.

Auch die Mindermeinung muß sich Kritik gefallen lassen, da weder die eine, noch die andere Version in sich schlüssig ist. Es darf hierzu auf die oben an der herrschenden Lehre geübte Kritik hingewiesen werden, soweit diese für die von ihr vorgesehenen Ausnahmefälle den Gesellschafter nur zur Leistung des Interesses verpflichtet hält. Die Kritik läßt sich kurz wie folgt zusammenfassen:

Sofern die Vertreter der Mindermeinung davon ausgehen, die Gesellschafter hätten das Interesse an den Gläubiger erst dann zu leisten, wenn die Nichterfüllung durch die OHG feststehe, so ist dem entgegenzuhalten, daß damit die Gesellschafterhaftung nach § 128 HGB zu einer subsidiären würde. Es darf aber mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit angenommen werden, daß in § 128 HGB eine primäre Haftung des einzelnen Gesellschafters angeordnet wird.

Sofern die Vertreter der Mindermeinung davon ausgehen, das Interesse, das der Gläubiger an der Erfüllung seines Anspruchs habe, sei Inhalt einer primären Schadensersatzschuld[2], so ist dem entgegenzuhalten, daß ein Schaden dann nicht vorhanden ist, wenn der Gesellschaftsgläubiger sich zuerst an den Gesellschafter selbst hält, ohne zuvor die OHG oder einen anderen Gesellschafter in Anspruch genommen zu haben. Dann kann aber auch nicht von einer Schadensersatzschuld, auch nicht von einer primären, gesprochen werden.

---

1) Müller-Erzbach HR § 40 III 1 S.205

2) So wohl Geller, Dissertation

C. EIGENE BESTIMMUNG VON RECHTSNATUR UND SCHULDINHALT DER HAFTUNG DES GESELLSCHAFTERS EINER OHG NACH § 128 HGB

Die immanente Kritik der herrschenden Lehre, der Lehre Huecks und der Mindermeinung hat ergeben, daß keine dieser Lehrmeinungen voll zu befriedigen vermag. Die herrschende Lehre ist nicht in der Lage, Rechtsnatur und Schuldinhalt der Gesellschafterhaftung nach § 128 HGB einheitlich zu bestimmen. Sie bietet vielmehr zwei verschiedene Lösungen an, je nachdem, um welche Arten von Verbindlichkeiten es sich handelt. Kann man für die auf Geld, sonstige vertretbare und gattungsmäßig bestimmte Sachen gerichteten Schulden - isoliert betrachtet - eine Verpflichtung, das inhaltlich Gleiche wie die OHG zu leisten, zu erfüllen, anerkennen, so kann die Lösung für die Leistung unvertretbarer Sachen, für auf unvertretbare und höchstpersönliche Leistungen gerichtete Schulden - Leistung des Interesses wegen Nichterfüllung - nicht als gelungen betrachtet werden. Es ist versucht worden, nachzuweisen, daß diese Lösung in sich nicht schlüssig ist. Auch die Lehre Huecks, der herrschenden Lehre verwandt, vor allem aber in der Begründung von ihr verschieden, ließ bei kritischer Betrachtung Unstimmigkeiten erkennen. Vor allem erreicht auch sie keine einheitliche Bestimmung von Rechtsnatur und Schuldinhalt der Gesellschafterhaftung. Dies gelingt zwar der Mindermeinung. Dennoch vermag auch sie nicht zu überzeugen, da die Annahme einer Schadensersatzschuld nicht als zutreffend angesehen werden kann.

Es fragt sich nun, ob es überhaupt möglich ist, Rechtsnatur und Schuldinhalt der Gesellschafterhaftung nach § 128 HGB so zu bestimmen, daß alle in Betracht kommenden Anwendungsfälle einheitlich geregelt werden können, daß eine solche Bestimmung in sich schlüssig ist und der gesetzlichen Regelung nicht widerspricht.

I. WORTLAUTINTERPRETATION

Der Wortlaut des § 128 HGB ist so wenig ergiebig, daß zwingende Schlüsse auf Rechtsnatur und Schuldinhalt der Gesellschafterhaftung nicht gezogen werden können. Die einzigen Worte, die Aufschluß zu geben vermöchten, sind "haften" und "als Gesamtschuldner". Die Bezeichnung "als Gesamtschuldner" ist deshalb nicht zu verwerten, weil damit nur das Verhältnis der einzelnen Gesellschafter untereinander gekennzeichnet wird, nicht aber das Verhältnis der einzelnen Gesellschafter zur OHG selbst. Wäre der Begriff des "Haftens" eindeutig, so könnten Schlüsse auf Rechtsnatur und Schuldinhalt der Gesellschafterhaftung möglicherweise gezogen werden. Aber weder wird der Begriff des Haftens im Gesetz immer in gleicher Weise verwendet[1], noch auch besteht Einigkeit darüber, was unter Haften überhaupt zu verstehen ist.[2] Der Wortlaut läßt also alle Fragen offen.[3]

II. SYSTEMATISCHE AUSLEGUNG

Wie bei der Lösung rechtstheoretischer Fragen überhaupt, so empfiehlt es sich auch hier, zunächst einmal nach verwandten und ähnlich gelagerten Fällen Ausschau zu halten, da sich bei gleicher Problem- und Interessenlage häufig die dort gefundenen Lösungen auf das gerade zu behandelnde Problem übertragen lassen.

---

1) Das Gesetz hat keinen technischen Haftungsbegriff. Vgl. hierzu die §§ 42, 53, 54, 179, 437, 438, 459, 468, 702, 990, 2376 BGB

2) Vgl. die Übersicht bei Enneccerus-Lehmann § 2 III S. 11, 12. Haftung wird verstanden als Schuld, Schadensersatzschuld, Erzwingbarkeit, Einstehenmüssen, Unterworfensein des Vermögens unter den Zugriff des Gläubigers, Pfandrecht. Die heute wohl herrschende Lehre entscheidet sich für das "Unterworfensein". So Enneccerus-Lehmann aaO, Reimer-Schmidt in Soergel-Siebert Vorb. 5 zu § 241 BGB S. 796

3) Vgl. Fischer, Diss. S. 79; Gierke Dt.Pr.R. III S. 31; Hamel, Diss. S. 46

Voraussetzung für vergleichbare Fälle muß sein, daß eine zur Haftung des unmittelbar Verpflichteten hinzutretende weitere Haftung kraft Gesetzes angeordnet wird, ohne daß das Gesetz selbst durch Zusätze wie etwa "als Gesamtschuldner"[1], "als Bürge"[2], "wie ein Bürge"[3] oder doch sonst in eindeutiger Weise[4] die Rechtsnatur der Haftung charakterisiert.

Als Beispiel sei hier nur - stellvertretend für weitere vergleichbare Fälle - das der Sache nach nahe liegende des § 25 HGB erörtert.

1. Die Haftung nach § 25 HGB

Für die Rechtsscheinhaftung des Erwerbers eines Handelsgeschäftes bei Firmenfortführung nach § 25 HGB wird ganz überwiegend angenommen, daß hierdurch eine gesetzliche Schuldmitübernahme angeordnet werde, der zufolge Veräußerer und Erwerber den Gläubigern des Handelsgeschäftes für alle in dessen Betrieb begründeten Verbindlichkeiten des Veräußerers als des früheren Inhabers gesamtschuldnerisch hafteten.[5] Damit ist auch die Entscheidung dafür gefallen, daß der Erwerber die Schuld des Veräußerers mit dem gleichen Inhalt mitübernimmt, wie sie in dessen Person zum Zeitpunkt der Geschäftsübernahme bestanden hat, mag sie sich von da an auch selbständig weiterentwickeln. Anderer Auffassung sind wohl nur Staub-Bondi[6], welche die Haftung nach § 25 HGB in die Nähe der Bürgschaft rücken. Sehr ausführlich befaßt sich noch Wieland[7] mit dieser Frage, ohne daß er zu einem ganz eindeutigen Ergebnis gelangt. Zwar nimmt auch er grundsätzlich eine gesetzlich angeordnete gesamtschuldnerische Schuld-

---

1) §§ 769 BGB, § 128 HGB
2) § 778 BGB
3) § 571 Abs. 2, §§ 1251 Abs. 2 BGB, 36 Abs. 2 VerlG
4) §§ 419, 556 Abs. 3 BGB
5) Düringer-Hachenburg § 25 HGB Anm. 20 S. 329; Reichel, Schuldmitübernahme S. 101; Schlegelberger-Hildebrandt § 25 HGB Anm. 10 S. 190; Westerkamp S. 254; Würdinger in RGRK § 25 HGB Anm. 12 S. 298, 299; RGZ 135, 104 ff. (107)
6) Staub-Bondi § 25 HGB Anm. 9 S. 203. Eventuell auch RGZ 76, 10: den Erwerber treffe nur die Haftung, während der Veräußerer der "eigentliche Schuldner" bleibe
7) Wieland HR § 24 S. 276 ff.

mitübernahme als Rechtsnatur dieser Haftung an. Doch sieht er eine ganze Reihe von Ausnahmen vor, in denen der Veräußerer nur "als Bürge für die Erfüllung durch den Erwerber" einzustehen habe.[1] So beispielsweise, wenn sich der Gläubiger mit einer Übernahme von Verpflichtungen aus Auftrag, Verwahrungsvertrag oder von sonstigen höchstpersönlichen Verbindlichkeiten durch den Erwerber einverstanden erkläre. Dabei ist diese Haftung "als Bürge" aber doch wohl nach Wieland nicht dahin zu verstehen, daß gleichzeitig mit der Einverständniserklärung des Gläubigers ein regelrechter Bürgschaftsvertrag mit dem Veräußerer geschlossen würde, die nun an die Stelle der Haftung aus § 25 HGB träte. Sondern diese Haftung "als Bürge" ist für den genannten Fall die sich aus §§ 25,26 HGB ergebende Haftung. Gibt der Gläubiger seine Einverständniserklärung nicht, will Wieland den Veräußerer weiter die höchstpersönliche Leistung schulden lassen, ohne daß der Erwerber bei Firmenfortführung auch nur für das Interesse einzustehen habe.[2] Ein Grund für eine Einständerschaft (sprich: Bürgschaft) liege nicht vor, "weil den Gläubiger bei höchstpersönlichen Verpflichtungen nur an Erfüllung durch die Person des Veräußerers und nicht durch den jeweiligen Firmenträger gelegen" sei. Damit wird aber die Frage nicht beantwortet, ob dem Gläubiger nicht sehr wohl an einer aus § 25 HGB herrührenden weiteren Verpflichtung gelegen ist, mag sie auch nur auf die Leistung des Interesses gerichtet sein, und ob sich diese Folgerung nicht sogar zwingend aus § 25 HGB ergibt, so daß hier von einer bürgschaftsähnlichen Haftung gesprochen werden müßte. Auf jeden Fall ist kein Grund ersichtlich, den Erwerber hier frei ausgehen zu lassen. Es bleibt immerhin auch zu erwägen, ob der Erwerber nicht sogar aus § 25 HGB dazu verpflichtet ist, dem Veräußerer die Mittel zur Verfügung zu stellen, die dieser für die Erfüllung seiner höchstpersönlichen Verpflichtung braucht, sofern diese Mittel durch die Geschäftsübernahme auf den Erwerber übergegangen sind. Dieser Frage kann hier aber nicht weiter nachgegangen werden.

Wird für § 25 HGB auch überwiegend die Meinung vertreten, es handle sich um eine gesamtschuldnerische Schuldmitübernahme kraft Gesetzes, so zeigen doch die Ausführungen Wielands, daß immerhin der Gedanke nicht ganz von der Hand zu weisen ist, in manchen Fällen sei das Rechtsinstitut der Bürgschaft besser geeignet, den beteiligten Interessen gerecht zu werden. Das handelsrechtliche Schrifttum zu § 25 HGB läßt leider eine ausführliche Auseinander-

---

1) Wieland HR § 24 VIII 3 S.291
2) Wieland HR § 24 VIII 2 S.290

setzung mit den Problemen weitgehend vermissen, die gerade bei Verpflichtungen zu höchstpersönlichen oder zu mit Mitteln des übertragenen Geschäftsvermögens zu erbringenden Leistungen entstehen. Möglicherweise würde andernfalls die Bestimmung dieser Haftung als einer Schuldmitübernahme gesamtschuldnerischen Charakters weniger sicher ausfallen, oder die herrschende Lehre würde sich zu ähnlichen Ausnahmen genötigt sehen, wie dies bei der herrschenden Lehre zu § 128 HGB geschehen ist.

Man sieht also, daß es nicht möglich ist, bei § 25 HGB entwickelte Erkenntnisse ohne weiteres auf die Regelung der Gesellschafterhaftung nach § 128 HGB zu übertragen, da es auch dort erst noch einer präzisen Bestimmung von Rechtsnatur und Schuldinhalt bedarf, die auch die differenzierteren und eigentlich problematischen Fälle in ihre Überlegungen mit einbezieht.

2. Die Haftung nach § 1357 BGB

Die gleiche Ungewissheit der Bestimmung von Rechtsnatur und Schuldinhalt findet sich auch bei § 1357 BGB, wo teils das Bestehen einer gesetzlichen Gesamtschuld bzw. Schuldmitübernahme angenommen wird[1], teils das Vorliegen einer gesetzlichen Bürgschaft.[2] Auch hier also ist eine Übernahme sicherer Erkenntnisse auf die Regelung des § 128 HGB nicht möglich.

---

1) Arnold, MDR 53,264; und FamRZ 58,193 ff. (195); Beitzke in Familienrecht § 11 V 2 S.53 und in Achilles-Greiff § 1357 BGB Anm. 8 S.728; Bosch, FamRZ 58,291; Dölle in JZ 53,357 und in Festgabe für Erich Kaufmann (1950) S.35; Hildegard Krüger in DRiZ 53,84; Scheffler in RGRK § 1357 BGB Bem. 14 S.51; Müller-Freienfels in Festschrift für H. Lehmann I (1956) S. 388 ff. (401); Vogel in Soergel-Siebert § 1357 BGB Anm.28 S.52,53; LG Lüneburg NJW 53,1352; OLG Schleswig NJW 54,155; AG und LG Hamburg in MDR 55,230

2) Bartholomeyczik in Erman Komm. § 1357 BGB Bem. 8 S.528; Breetzke in GleichberGKomm. § 1357 BGB Anm. 10 S.268; Boehmer in MDR 50,389 Finke in MDR 57,452; Palandt-Lauterbach § 1357 BGB Anm. 3 b S.1139, Peterseim Diss. S. 152 ff.

3. Rechtsnatur und Schuldinhalt der Bürgenverpflichtung

Die beispielhaft erwähnte Behandlung der §§ 25 HGB und 1357 BGB durch Rechtsprechung und Literatur hat gezeigt, daß in beiden Fällen Rechtsnatur und Schuldinhalt nicht eigenständig, sondern durch einen Rückgriff auf die allgemeineren Begriffe der Schuldmitübernahme und der Bürgschaft bestimmt werden, wobei deren Inhalt in aller Regel als keiner Klärung mehr bedürftig und als ausreichend gekennzeichnet vorausgesetzt wird. Wäre das tatsächlich richtig, so könnte schon an dieser Stelle im Rahmen der systematischen Auslegung untersucht werden, ob und welche dieser beiden Grundformen interzessorischer Haftung entsprechend auf die Haftung des Gesellschafters einer OHG anzuwenden ist.

Gerade dieser Bereich des Schuldrechts ist aber nach wie vor heftig umstritten, so daß eine Auseinandersetzung mit den hier vertretenen Lehrmeinungen unumgänglich ist. Es gilt also zunächst einmal die Vorfragen zu klären: Welche Rechtsnatur und welchen Schuldinhalt hat die Bürgschaft im Verhältnis zur Schuldmitübernahme? Und wonach unterscheidet sich, welches der beiden Rechtsinstitute im nicht eindeutig bestimmten Anwendungsfall maßgebend sein soll? Erst wenn hier eine sichere Ausgangsbasis geschaffen ist, darf die Frage gestellt werden, ob das ermittelte Ergebnis auf die Regelung des § 128 HGB entsprechend angewandt werden kann.

Die Frage, welche Rechtsnatur und welcher Schuldinhalt der Haftung des Bürgen zukomme, ist mindestens ebenso hart umstritten,[1] wie die entsprechende Frage bei § 128 HGB. Wenn Westerkamp im Jahre 1908 schreibt: "Mit dem Begriff der Bürgschaft kann, trotz der reichen Literatur und jahrtausende alten Geschichte des Bürgschaftsrechts nicht wie mit etwas Zweifellosem und Unbestrittenem gerechnet werden",[2] so ist dem auch heute noch voll und ganz zuzustimmen. So kontrovers aber die Meinungen hierüber sind, so lassen sich doch auch hier einige Wesensmerkmale aufzeigen, die von allen vertretenen Lehrmeinungen gemeinsam vorausgesetzt werden, und daher der Darstellung des Meinungsstreites vorausgeschickt werden können.

---

1) Zum römischen Recht vgl. Binder, Korrealobligationen (1899) und Geib, Zur Dogmatik des römischen Bürgschaftsrechts (1894)

2) Westerkamp S. 16

a. Die gemeinsame Ausgangsbasis

Auch bei der Bestimmung der Rechtsnatur der Bürgenverpflichtung hat die Frage, ob der Bürge "schulde" oder aber im Sinne der germanistischen Unterscheidung von Schuld und Haftung[1] nur "hafte", in der älteren Theorie eine bedeutende Rolle gespielt. Diese Streitfrage ist aber inzwischen auch für die Bürgschaft eindeutig zugunsten der eine echte "Schuld", ein Leistensollen, bejahenden Auffassung entschieden worden. Da in der neueren Lehre die gegenteilige Ansicht, soweit ersichtlich, nicht mehr vertreten wird, bedarf es an dieser Stelle einer eingehenden Untersuchung nicht.[2] Man ist sich ferner darüber einig, daß der Bürge Schuldner einer nach Inhalt und Rechtsgrund von der Hauptschuld verschiedenen eigenen Verbindlichkeit, daß er also dem Hauptschuldner gegenüber "Fremdschuldner", nicht aber Mitschuldner ist.[3] Auch sei die Bürgen-

---

1) Allgemein zur Unterscheidung von Schuld und Haftung: vgl. Anm. 4 S. 8

2) für ein "Schulden" treten ein: Esser, SchuldR § 160 Anm. 1a S.668; Leonhard, SchuldR BT § 159 S.314; Planck-Oegg II 1c vor § 765 BGB S.1395; Reichel, Schuldmitübernahme S.68 ff. und in SchwJZ 20.Jg. (1923) S.174; Fischer in RGRK § 765 BGB Vorb. 6 S.908 und Anm. 15 S.922; Schulthess ZSchwR NF 44,65; Siber in SchuldR § 39 I 1 S.164, in Rechtszwang S. 273 und in Ih. Jb. 50,55 ff. (106); Erdsiek-Mühl in Soergel-Siebert § 765 BGB Anm. 1 S. 858; Staudinger-Brändl § 765 BGB Vorb. 7 S. 2466; Strohal, Ih. Jb. 57,289,290.
Für ein "Haften" treten ein: v.Amira, Nordgermanisches Obligationenrecht I S.694 (der Bürge sei der "Typus des bloß Haftenden", nicht zugleich Schuldenden); Dümchen Ih.Jb. 54,407; Puntschart ZHR 71,321; H.Richter, Die Bürgschaft kein Schuld-, sondern ein Haftungsverhältnis, Diss. 1909. Isay Ih.Jb. 48,194 ff. (besonders S.198,199) wird zwar gemeinhin zu denen gezählt, die in der Bürgschaft ein Haftungsverhältnis sehen. Ob das richtig ist, muß bezweifelt werden. So zeigt Siber Ih.Jb. 50,108 an Hand einiger Formulierungen Isays auf, daß dieser - vielleicht ohne sich dessen selbst ganz bewußt gewesen zu sein - doch von einem Leistensollen, einer Schuld ausgeht

3) Burchard-de Boor § 90 S.163; Esser, Schuldrecht § 160 Anm.1b S.668; Heck, Schuldrecht § 126 Anm.2 S.380; Leonhard, Schuldrecht BT § 159 S.313; Planck-Oegg § 765 BGB Vorb. III 2 S.1398; Reichel, Schuldmitübernahme S.74; Fischer in RGRK § 765 BGB Vorb. 6 S.908; Schulthess, ZSchwR NF 44,69 und 77; Siber, Rechtszwang S.237; Erdsiek-Mühl in Soergel-Siebert § 765 BGB Vorb. 2 S.850; Staudinger-Brändl § 765 BGB Vorb. 8 S. 2467; RGZ 53,404; RGZ 65,139; RGZ 134,128; RGZ 148,66

schuld infolge ihrer Akzessorietät "Nebenschuld".[1] Ein Gesamtschuldverhältnis zwischen Bürge und Hauptschuldner bestehe nicht.[2] Ganz allgemein anerkannt ist heute auch, daß sich der Bürge für jede Schuld verbürgen könne, gleichgültig, welchen Inhalt die Hauptschuld auch haben mag. Verbürgung ist also möglich für Geldschulden, für Lieferverpflichtungen über vertretbare, gattungsmäßig bestimmte und unvertretbare Sachen, sowie für unvertretbare und höchstpersönliche Leistungen anderer Art.[3] Strittig ist hier nur die Frage, ob auch höchstpersönliche, nicht vermögenswerte Leistungen verbürgt werden können.[4]

---

1) Esser, Schuldrecht § 160 Anm. 1b S.668; Heck, Schuldrecht § 126 Anm. 2 S.380; Leonhard, Schuldrecht BT § 159 S.313; Reichel, Schuldmitübernahme S.81 ff.; Fischer in RGRK § 765 BGB Vorb. 5 S.907; Schulthess ZSchwR NF 44,69; Staudinger-Brändl § 765 BGB Vorb. 10 S.2468

2) Motive II S.660 ff.; Erman-Wagner § 765 BGB Vorb. 1 S.1377; Planck-Oegg II § 765 BGB Anm. 6b S.1406; Reichel, Schuldmitübernahme S.75; Fischer in RGRK § 765 BGB Vorb. 6 S.908 und Anm. 15 S.922; Erdsiek-Mühl in Soergel-Siebert § 765 BGB Vorb. 3 S.850 und Anm. 1 S.858; Staudinger-Brändl § 765 BGB Vorb. 9 S.2467; RGZ 65,139; 134,128
a.A., für eine ungleichartige, bzw. unechte Gesamtschuld: Heck, Schuldrecht § 126 Anm. 3a S.380; Esser, Schuldrecht § 160 Anm. 1c S.668
a.A., für Gesamtschuld: Binder, Die Korrealobligationen S.131,132; Unger Ih.Jb. 22,213 (allerdings für die Zeit vor Inkrafttreten des BGB); vgl. ferner die Übersicht bei Westerkamp S.250

3) Motive II S.659; Reichel, Schuldmitübernahme S.75; Westerkamp S.155; Staudinger-Brändl § 765 BGB Anm. 10,11 S.2504. A.A.: Bürgschaften für auf unvertretbare höchstpersönliche Leistungen gerichtete Schulden seien durch den Gesetzeswortlaut ausgeschlossen: Kanka Ih.Jb.87,149; wohl auch Gierke Dt.Pr.R. III § 206 III S.775; nach Endemann I § 191 Anm. 1 S.1194 ist **Bürgschaft nur zulässig,** "für alle Arten von Schuldverpflichtungen, soweit deren Erfüllung durch einen Dritten zulässig ist, oder an die Stelle der persönlichen Leistungsbewirkung ein Anspruch auf Schadensersatz in Geld tritt" - im letztgenannten Falle sei anzunehmen, daß die Bürgschaft nur für die Schadensersatzschuld eingegangen worden sei. So wohl auch Reichel in SchwJZ 20.Jg., 1923, S.176 in allerdings nicht eindeutiger Formulierung. Gleicher Ansicht wie Endemann auch Seyfferth, Diss. 1905 § 2 S. 4,5

4) Dafür: Westerkamp S.155 (der Wert dieser Bürgschaft liege allerdings nur in der Sicherung der vom Hauptschuldner dem Gläubiger zu ersetzenden

Diese Frage kann hier außer Betracht bleiben, da sie kaum praktisch werden wird und nur von peripherer Bedeutung ist.

b. Die herrschende Lehre

Die herrschende Lehre wendet sich entschieden gegen jene Auffassungen, nach denen der Bürge "die Erfüllung durch den Hauptschuldner"[1] oder "die Hauptverbindlichkeit zu erfüllen"[2] verspreche. Der Bürge verpflichte sich vielmehr, "als Einständer mit seinem Vermögen dem Gläubiger soweit als möglich das Gleiche zu verschaffen wie die Erfüllung der Hauptschuld",[3] bzw. "die Erfüllung der Hauptverbindlichkeit im Rahmen des Möglichen herbeizuführen."[4] Die Bürgschaftsverpflichtung gehe "dem Gegenstande nach in der Regel auf das, was der Hauptschuldner zu leisten hat."[5] Der Gläubiger erhalte durch die Bürgschaftsverpflichtung "eine zweite gleichfalls klagbare Schuld auf dieselbe Leistung".[6] Der Bürge "haftet...unmittelbar für die Erfüllung der vertragsmäßigen Verpflichtung selbst, und die Klage des Gläubigers gegen den Bürgen geht zunächst auf eine dieser Erfüllung entsprechende Leistung und erst in zweiter Linie auf Schadensersatz."[7] Das sei auch ohne weiteres möglich, wenn, wie das in der Regel der Fall sei, die Zahlung von Geld, die Lieferung von Wertpapieren oder anderen vertretbaren Sachen verbürgt werde. Hier habe

---

Kosten der Rechtsverfolgung); dagegen: Siber, Ih.Jb. 50,106: es sei höchstens eine Art Garantievertrag mit vertragsmäßiger Festsetzung eines Geldinteresses möglich

1) Ausdrücklich dagegen: Staudinger-Brändl § 765 BGB Vorb.7 S.2466; Enneccerus-Lehmann § 191 Anm. 1 S.785; Planck-Oegg II § 765 BGB Anm. 6a S.1406

2) So der durch die Reichstagskommission eingefügte § 766 S.2 BGB (in seiner Bedeutung sehr umstritten, s.u.); auch E.I § 668; ausdrücklich dagegen: Planck-Oegg II § 765 BGB Anm. 6a S.1405; Reichel, Schuldmitübernahme S.75; Fischer in RGRK § 765 BGB Vorb.6 S.908, Anm. 15 S.922; Siber, Rechtszwang S.238; Staudinger-Brändl § 765 BGB Vorb. 7 S.2466

3) Staudinger-Brändl § 765 BGB Vorb. 7 S.2466; Protokolle II S.461

4) Fischer in RGRK § 765 BGB Anm. 15 S.922

5) Siber, Rechtszwang S.240 und in Ih.Jb. 50,109,110; Strohal Ih.Jb.57,289

6) Siber, Schuldrecht § 39 Anm. 1 S.164

7) Planck-Oegg § 765 BGB Anm. 6a S.1406

der Bürge "inhaltlich die gleiche Leistung wie der Hauptschuldner zu erbringen".[1] "Seine Leistung ersetzt dem Gläubiger die Erfüllung der Hauptverbindlichkeit".[2]

Nicht mehr **einheitlich** dagegen ist die Beurteilung des Schuldinhaltes bei Verbürgung für die Lieferung unvertretbarer Sachen. Teils soll hier das Gleiche gelten, wie eben ausgeführt[3], teils das Gleiche wie für die Verbürgung für unvertretbare und höchstpersönliche Leistungen[4], auch für Unterlassungspflichten, bei deren Beurteilung die herrschende Lehre sich wieder einig ist. Hier gehe die Verpflichtung des Bürgen "von vornherein nur auf das Interesse in Geld, nicht auf Erfüllung der höchstpersönlichen Leistung", "allein auf den etwaigen Schadensersatzanspruch des Gläubigers gegen den Hauptschuldner in Geld".[5] Im Unterschied zu den übrigen Bürgschaften sollen diese Verbürgungen anderer Rechtsnatur und anderen Schuldinhaltes sein. In diesen Fällen muß sich also der gegen den Hauptschuldner gerichtete Anspruch auf Erfüllung nach herrschender Lehre erst in einen Schadensersatzanspruch umgewandelt haben, bevor der Bürge in Anspruch genommen werden kann. Dem liegt die Überlegung zugrunde, daß der Bürge nicht zu einer Leistung verpflichtet werden soll, die er auch bei Anspannung aller seiner Kräfte und Fähigkeiten nicht zu erbringen in der Lage wäre. Er soll in jedem Falle nur eine vertretbare Leistung zu erbringen haben.[6] Auch hier also - wie bei § 128 HGB - soll es auf die "Art der Verbindlichkeit" ankommen, die "persönliche Erfüllbarkeit" ist auch hier das entscheidende Kriterium.

Zur herrschenden Lehre, so wie sie eben ausgeführt worden ist, sind zu zählen:

---

1) Fischer in RGRK § 765 BGB Anm. 15 S. 922; Siber, Rechtszwang S. 239, 240; Erdsiek-Mühl in Soergel-Siebert § 765 BGB Anm. 1 S. 858
2) Fischer in RGRK § 765 BGB Anm. 15 S. 922
3) Erdsiek-Mühl in Soergel-Siebert § 765 BGB Anm. 1 S. 858; Fischer in RGRK § 765 BGB Anm. 15 S. 923, wobei die Verbürgung für die Lieferung nicht vertretbarer Sachen nur dann von Bedeutung sei, wenn nicht dem Hauptschuldner, wohl aber dem Bürgen die Leistung möglich sei.
4) Staudinger-Brändl § 765 BGB Vorb. 7 S. 2466
5) Fischer in RGRK § 765 BGB Vorb. 6 S. 908; ungeschickt ist die Formulierung in RGRK § 765 BGB Anm. 15 S. 923, nach der vermutet werden könnte, bei derartigen Hauptschulden werde die Bürgschaft von vornherein nur für die Schadensersatzschuld eingegangen. Daß dies nicht gemeint ist, geht aus den übrigen Ausführungen aber klar hervor.
6) Siber Ih. Jb. 50, 110

Fischer in RGRK, Erdsiek-Mühl in Soergel-Siebert und Strohal. Ihr ist aber ebenfalls noch zuzurechnen: Planck-Oegg, Siber und Staudinger-Brändl. Dies deshalb, weil auch sie grundsätzlich davon ausgehen, daß der Bürge "inhaltlich das Gleiche" zu leisten habe, wie der Hauptschuldner, und weil sie für die gleiche Fallgruppe Ausnahmen zugestehen, wie dies die herrschende Lehre tut. Auch bei diesen Ausnahmen soll Schuldinhalt die Leistung des Interesses in Geld[1], Geldersatz[2] sein. Der Unterschied, der es rechtfertigt, die zuletzt genannten Autoren in einer besonderen Gruppe zusammenzufassen, besteht darin, daß diese bei der hier nur interessierenden selbstschuldnerischen Bürgschaft anscheinend eine primäre Leistungspflicht annehmen. So findet sich bei Planck-Oegg der Satz: "Ist der Hauptschuldner zu einer Leistung verpflichtet, die von dem Bürgen nicht vorgenommen werden kann, richtet sich die Verpflichtung des Bürgen von vornherein - nicht erst, wenn auch bei der Hauptschuld an die Stelle des Erfüllungsanspruchs der Anspruch auf Schadensersatz getreten ist - nur auf Ersatz in Geld".[3] Bei unvertretbaren höchstpersönlichen Leistungen sei Schuldinhalt Geldersatz, "auch wenn die Hauptschuld noch auf die primäre Leistung geht".[4] Die Rechtsnatur der Bürgenverpflichtung soll hier demnach offensichtlich "Schadensersatz" sein. Darauf deuten die Worte "Interesse" und "Geldersatz" hin. Denkbar ist allerdings auch, daß diese Autoren eine Verpflichtung auf Zahlung einer Geldsumme im Sinne haben, die nicht Schadensersatz ist. Dann allerdings wäre die Bezeichnung "Interesse" und "Geldersatz" ohne weitere Erläuterung unglücklich gewählt, und es hätte gerade dann zum Zwecke der Abgrenzung von der herrschenden Lehre und zur Klarstellung dieses vom üblichen abweichenden Ergebnisses einer näheren Ausführung bedurft.

Die herrschende Lehre läßt sich nach alledem dahin zusammenfassen: Grundsätzlich schuldet der Bürge zwar nicht Erfüllung, aber doch inhaltlich die gleiche Leistung wie der Hauptschuldner. Ausnahmsweise - bei auf Lieferung unvertretbarer Sachen, bei auf unvertretbare und höchstpersönliche Leistungen gerichteten Schulden und bei Unterlassungsschulden - schuldet er Schadensersatz, sei es subsidiär, nachdem sich der Erfüllungsanspruch des Gläubigers gegen den Hauptschuldner in einen Schadensersatzanspruch umgewandelt hat, sei es, pri-

---

1) Staudinger-Brändl § 765 BGB Vorb. 8 S.2467

2) Planck-Oegg II § 765 BGB Anm. 6a S.1406; Siber, Schuldrecht § 39 FN 2 S.164 und in Rechtszwang S.238

3) Planck-Oegg II § 765 BGB Anm. 6a S.1406; vgl. dort auch § 765 BGB Anm. 7 S.1407; Staudinger-Brändl § 765 BGB Vorb. 8 S.2467. - Hervorhebung vom Verfasser

4) Siber, Schuldrecht § 39 FN 2 S.164

mär, so daß sich der Gläubiger sofort an ihn halten kann.

Die Ausführungen der herrschenden Lehre zur Rechtsnatur der Bürgenhaftung bedürfen noch einer Klarstellung, die insbesondere für eine möglicherweise in Betracht kommende Übertragung auf das Problem des § 128 HGB von Bedeutung ist. Der Grundsatz der herrschenden Lehre lautet dahin, der Bürge schulde nicht Erfüllung, wohl aber habe er die inhaltlich gleiche Leistung wie der Hauptschuldner zu erbringen. Das erscheint zunächst als widersprüchlich, da nach § 362 BGB Erfüllung eintritt, "wenn die geschuldete Leistung an den Gläubiger bewirkt wird." Hat aber der Bürge die inhaltlich gleiche Leistung wie der Hauptschuldner zu erbringen, so könnte man folgern, handle es sich hierbei auch um die "geschuldete Leistung" im Sinne des § 362 BGB, da sie "nach Art, Erbringungsweise und vereinbarten Umständen"[1] mit der des Hauptschuldners übereinstimmen müsse. Dann aber sei auch nicht einzusehen, warum nicht die Schuld des Bürgen, ebenso wie die des Hauptschuldners, auf Erfüllung gerichtet sein solle.[2] Dennoch liegt ein Widerspruch hier nicht vor.

Fragt man einmal danach, wie wohl die herrschende Lehre zu ihrer Auffassung gekommen sein mag, so stößt man vor allem auf das Argument, daß § 774 BGB einer Bestimmung der Bürgenverpflichtung als einer auf Erfüllung gerichteten Verpflichtung entgegenstehe. Wenn nämlich die Forderung des Gläubigers gegen den Bürgen auf Erfüllung gerichtet sei, und der Bürge dieser Verpflichtung nachkomme, so sei die nach § 362 BGB notwendige Folge, daß die Forderung gegen den Hauptschuldner erlösche, und eine cessio legis, eine Subrogation nach § 774 BGB daher nicht mehr stattfinden könne. So führt beispielsweise Siber aus, die Leistung des Bürgen sei "von der Erfüllung der Hauptschuld nicht im Erfolge für den Gläubiger verschieden, vielmehr nur darin, daß sie nicht Tilgung, sondern Übergang der Hauptforderung auf den Bürgen bewirkt".[3]

Die Auffassungen darüber, wie die cessio legis nach § 774 BGB sich vollziehe, sind nicht einheitlich. Nur selten finden sich ausführlichere Begründungen, die diesen Forderungsübergang im einzelnen zu erklären suchen.

Die wohl herrschende Lehre ist der Auffassung, der Bürge erfülle, wenn er seiner Verpflichtung nachkomme, lediglich seine eigene, eben die Bürgenver-

---

1) Esser, Schuldrecht § 70 Anm. 2 S.298

2) vgl. zum Beispiel Westerkamp S.153: Erfüllung sei "das völlig Gleiche..., was dem Schuldner obliegt"

3) Siber Ih.Jb. 50,109,110, vgl. auch S.111

pflichtung, tilge nur seine eigene Schuld.[1] Durch seine Leistung werde der gleiche Leistungserfolg für den Gläubiger bewirkt, als hätte der Hauptschuldner selbst geleistet. Der Gläubiger sei also wegen seiner gegen den Hauptschuldner gerichteten Forderung als befriedigt anzusehen.[2] Hinsichtlich der Hauptschuld trete aber dennoch keine Erfüllungswirkung nach § 362 BGB ein, wie dies bei einer Leistung eines Dritten nach § 267 BGB der Fall wäre. Vielmehr bleibe die Forderung des Gläubigers gegen den Hauptschuldner in ihrem Bestand erhalten und gehe "zufolge der Einlösungszahlung" auf den Bürgen über, und zwar "so.., wie sie zur Zeit der Befriedigung des Gläubigers beschaffen ist".[3] Hinsichtlich der Hauptschuld erfolge also lediglich ein Gläubigerwechsel, eine Änderung der Rechtszuständigkeit, weshalb auch der Bürge eine vollstreckbare Ausfertigung des zugunsten des Gläubigers ergangenen Urteils nach § 727 ZPO ver-

---

1) Bauer-Mengelberg S.14; Esser, Schuldrecht § 160 Anm. 2 zu a) S.669; Gierke DtPrR III § 206 VII 1 S.784; Oertmann § 774 BGB Anm. 1b S.1245; Planck-Oegg § 774 BGB Anm. 1 S.1449; Fischer in RGRK § 774 BGB Anm. 1 S.952; Siber, Schuldrecht § 39 I 1 S.164; Erdsiek-Mühl in Soergel -Siebert § 765 BGB Vorb. 1 S.850 und § 774 BGB Anm. 1 S.878; Staudinger-Brändl § 774 BGB Anm.1 S.2541 und Vorb. 7 zu § 765 BGB S.2467; RG WarnR 1914, Nr. 15. - Planck-Oegg § 765 BGB Anm. 6d S.1506 fügen noch hinzu, es stehe dem Bürgen allerdings frei, ohne Rücksicht auf seine Bürgschaftsverpflichtung wie ein Dritter für den Hauptschuldner zu leisten und so die Hauptschuld unter Ausschluß des gesetzlichen Forderungsübergangs zu tilgen, womit dann allerdings kraft der Akzessorietät auch die Bürgschaftsverpflichtung erlösche. Ebenso Oertmann § 774 BGB Anm.1b S.1245

2) Auch wenn man annimmt, der Bürge schulde eine vom Inhalt der Hauptschuld verschiedene Leistung, so tritt für den Gläubiger auch dann der gleiche Leistungserfolg ein, da der Bürgenleistung dann der gleiche Leistungserfolg vom Gesetz zugeschrieben wird.

3) Staudinger-Brändl § 774 BGB Anm. 3 S.2543. Eine Ausnahme sei allerdings dann zu machen, wenn die Hauptforderung nur durch die Leistung des Hauptschuldners persönlich erfüllt werden könne. Dann verwandle sich die übergehende Hauptforderung mit der Leistung des Bürgen in einen Anspruch auf das Interesse gegen den Hauptschuldner. So auch Planck-Oegg II § 774 BGB Anm. 2c S.1451 (wenn der Bürge an dem Empfang des Gegenstands der Leistung kein Interesse habe. - Das ist in dieser Form gewiß nicht unbedenklich). Ebenso Siber, Rechtszwang S.246

langen könne.[1]

Es wird aber auch die Meinung vertreten, wenn der Bürge seiner Verpflichtung nachkomme, so erfülle er nicht nur seine Bürgenverpflichtung, sondern zugleich auch die Verbindlichkeit des Hauptschuldners. Der "Übergang der Forderung" sei dann nichts anderes als die Gewährung eines gesetzlichen Regressanspruches[2]. Hier muß die Konstruktion des "Forderungsüberganges" nach § 774 BGB notwendig in anderer Weise durchgeführt werden. Denn hier werden beide Schulden getilgt, gehen also zunächst unter. Durch die Erfüllungshandlung des Bürgen wird also die Erfüllungswirkung auch hinsichtlich der Hauptschuld erreicht. Dann aber kann der Forderungsübergang nach § 774 BGB eigentlich nur noch so verstanden werden, daß kraft gesetzlicher Anordnung hier nicht eine Abtretung fingiert wird, sondern das Neuentstehen einer der untergegangenen Forderung gegen den Hauptschuldner inhaltsgleichen Forderung - nunmehr in der Rechtszuständigkeit des Bürgen. Es würde also mit anderen Worten für die Dauer der berühmten logischen Sekunde durch die Leistung des Bürgen zunächst ein ganz normaler Tilgungsvorgang nach § 362 BGB bewirkt werden, der in etwa der Tilgung der Schuld durch Leistung eines Dritten vergleichbar wäre, bevor kraft gesetzlicher Anordnung[3] eine gleiche Forderung in der Person des Bürgen entstünde.[4] Diese Konstruktion erscheint nicht als geglückt. Sie ist nur schwer mit dem Wortlaut des § 774 BGB zu vereinbaren, der von einem "Übergehen" der Forderung des Gläubigers gegen den Hauptschuldner spricht, nicht aber von einem Neuentstehen. Die Parallele zur Abtretung ist nicht mehr gegeben, so

---

1) Staudinger-Brändl § 774 BGB Anm. 1 S.2541; Godin in RGRK § 349 HGB Anm. 38 S.195

2) Enneccerus-Lehmann § 191 I 2 FN 1 S.785; Kanka Ih.Jb. 87,117,118; Leonhard Schuldrecht BT § 159 S.314; Westerkamp S.157,178; vgl. auch Reichel, Schuldmitübernahme S.52,53 zu § 426 Abs. 2 BGB

3) Vgl. hierzu Kanka Ih.Jb. 87,117,118: "Der Gesetzgeber ist allmächtig". Er könne auch diese "gesetzliche Anomalie" bewirken (Westerkamp S.178)

4) Kanka Ih.Jb. 87,117,118 führt aus: Der Gesetzgeber "kann von der Regel, daß die Erfüllung zum Untergang einer Forderung und der für sie begründeten Nebenrechte führt, eine Ausnahme dahin machen, daß die Forderung nicht unter-, sondern über geht und in dessen Hand fortbesteht." Kanka fingiert also doch wohl im Gegensatz zu der oben gegebenen Erklärung einen Forderungsübergang, kein Neuentstehen, verzichtet also auch auf das Hilfsmittel der logischen Sekunde. Es ist fraglich, ob dies möglich ist.

daß der nach ganz allgemeiner Ansicht auch hier anwendbare Begriff der cessio legis nicht als gerechtfertigt erscheint. Infolgedessen könnte auch der Mitübergang der Sicherungs- und Vorzugsrechte nach §§ 412,401 BGB nicht zwanglos daraus gefolgert werden, daß bei § 774 BGB ein gesetzlicher Forderungsübergang vorliege, sondern auch diese Rechte müßten als in der Person des Bürgen neu entstanden fingiert werden. Daher ist der herrschenden Lehre der Vorzug zu geben, nach der der Bürge nur seine eigene Verpflichtung erfülle, wenn er auf Grund seiner Bürgschaft leiste.

Es ist also richtig, wenn die herrschende Lehre davon ausgeht, der Bürge schulde nicht Erfüllung. Diese Aussage ist aber dennoch ungenau und führt leicht zu Mißverständnissen. Man kann überhaupt nicht sagen, jemand "schulde Erfüllung". Das gilt übrigens auch für die herrschende Lehre zu § 128 HGB. Denn "Erfüllung" ist nicht etwas, was Gegenstand eines Schuldinhaltes zu sein vermöchte. "Erfüllung" umschreibt nicht, in welcher Weise etwas geleistet werden soll, sondern kennzeichnet eine Wirkung, einen bestimmten Rechtserfolg, der an eine in näher bezeichneter Weise erfolgende Leistungshandlung und einen hierdurch erreichten Leistungserfolg geknüpft wird. Man kann also nur sagen, eine bestimmte Leistung bewirke Erfüllung einer Verbindlichkeit, oder ihr werde diese Wirkung versagt. "Erfüllung" tritt nach § 362 BGB normalerweise dann ein, "wenn die geschuldete Leistung an den Gläubiger bewirkt wird". Unter "Bewirken der Leistung" ist sowohl die Leistungshandlung zu verstehen, als auch der zu ihr hinzutretende Leistungserfolg.[1] Beides aber, Leistungshandlung und Leistungserfolg, kann unter dem Begriff "Erfüllungshandlung" zusammengefaßt werden. Hiervon zu unterscheiden ist die "Erfüllungswirkung"[2], die darin besteht, daß an die Erfüllungshandlung der Rechtserfolg geknüpft wird, daß die Schuld, auf die sich die Erfüllungshandlung bezog, durch diese getilgt wird. Nicht immer aber hat eine Erfüllungshandlung, gerade wenn sie durch einen Dritten vorgenommen wird, auch die Erfüllungswirkung zur Folge. Gerade die Fälle gesetzlichen Forderungsüberganges[3] bedeuten Ausnahmen vom Grundsatze des § 362 BGB, da hier an die Erfüllungshandlung nicht die Erfül-

---

1) Vgl. die Beispiele bei Löscher in RGRK § 362 BGB Anm. 6,1 S.1303,1304

2) Diese Unterscheidung wird ganz deutlich bei Esser, Schuldrecht, der Erfüllungshandlung und Erfüllungswirkung in zwei besonderen Kapiteln je für sich behandelt (vgl. § 70 S. 297 ff. einerseits, § 71 S. 302 ff. andrerseits)

3) Weitere Fälle: §§ 268 Abs. 3, 426 Abs. 2, 1143 Abs. 1, 1150, 1225, 1249 S.2,1607 Abs. 2, 1709 Abs. 2 BGB, § 67 VVG

lungswirkung - Tildung der Schuld -, sondern der Übergang der Forderung von deren ursprünglichem Gläubiger auf den die geschuldete Leistung Bewirkenden als Rechtsfolge geknüpft wird.

Man wird die herrschende Lehre nach alledem dahin zu verstehen haben, der Bürge schulde grundsätzlich die Erfüllungshandlung, da er das inhaltlich Gleiche wie der Hauptschuldner, also "die geschuldete Leistung" im Sinne des § 362 BGB, zu erbringen habe. Die Erfüllungswirkung aber werde nur hinsichtlich seiner eigenen, der Bürgenverpflichtung, an seine Erfüllungshandlung geknüpft, nicht aber hinsichtlich der Hauptverbindlichkeit. Diese leite er vielmehr durch seine Leistung kraft der gesetzlichen Anordnung des § 774 BGB auf sich über.

c. Die Auffassung Westerkamps[1)]

Westerkamp vertritt eine Auffassung, die in mancher Beziehung der herrschenden Lehre nahe kommt, andrerseits aber doch auch wesentliche Abweichungen aufweist. Seine Darstellung leidet etwas darunter, daß das Ausgesagte nicht immer begrifflich scharf gefaßt ist und so der Ausdeutung zu viel Raum läßt. Inwieweit Widersprüche tatsächlich vorhanden sind oder wegen der ungenauen Ausdrucksweise nur als solche erscheinen, bleibt so zweifelhaft.

Nach Westerkamp ist der Bürge zu einem Einstehen für das pflichtgemäße Tun des Hauptschuldners verpflichtet, wobei unter Einstehen nur das Einstehen mit dem Vermögen zu verstehen sei. "Sobald der Gegenstand der Leistung, die Inhalt des Hauptschuldverhältnisses ist, von der Person des Verpflichteten insofern abstrahiert, daß dem Gläubiger der völlig identische Leistungserfolg auch von einem Dritten erbracht werden kann, ...sobald es zur Erbringung der Leistung lediglich auf das Vermögen, in keiner Weise gerade auf den individuellen Träger dieses Vermögens ankommt, der Gläubiger nur um der dem Schuldverhältnis wesentlichen Leistungsverpflichtung (willen) irgendeine Person, irgendeinen beliebigen Verpflichteten als Mittel zur Erlangung des Leistungserfolges, des Vermögenswertes, erworben hat, kann überall die der Klage gegen den Hauptschuldner inhaltlich gleiche Klage gegen den Bürgen gerichtet, und die

---

1) Westerkamp, Bürgschaft und Schuldbeitritt (1908); sehr ähnlich Siber in Ih.Jb. 50,103 ff. (besonders S.114), vgl. andrerseits aber Siber in Schuldrecht § 39 S.164 und Rechtszwang § 24 S.237 ff.

Zwangsvollstreckung in sein Vermögen betrieben werden".[1] Das soll gelten für Geldforderungen, für auf vertretbare Handlungen[2] und auf Herausgabe von Species- und Genussachen gerichtete Forderungen - für diese allerdings nur, soweit sie sich im Besitze des Bürgen befinden[3], sowie dann, wenn die Forderung auf Erfüllung der Hauptverbindlichkeit in eine Interesseforderung des Gläubigers übergegangen ist, sofern die Hauptverbindlichkeit auf eine höchstpersönliche Leistung des Hauptschuldners gerichtet war.[4]

Da dem Bürgen bei auf höchstpersönliche Leistungen des Hauptschuldners gerichteten Verbindlichkeiten eine Erfüllung nicht möglich sei, sei er auch hierzu nicht verpflichtet. "Solange hier die nicht vertretbare Leistung geschuldet wird, kann der Gläubiger die Sicherung durch Bürgschaft nicht verwerten...In allen Fällen, in denen nicht vertretbare Leistungen Gegenstand einer Obligation sind, ist um der Erzwingbarkeit der Leistung willen dafür gesorgt, daß durch obligationswidriges Verhalten des Schuldners die nicht vertretbare Leistung in eine vertretbare übergehen kann. Schließlich schuldet jeder Schuldner einen Geldwert, das Interesse des Gläubigers an der Leistung. Diesen Geld-

---

1) Westerkamp S.164,165

2) Westerkamp S.165,166

3) Westerkamp S.166 bis 168. Wie Verpflichtungen zu behandeln sein sollen, die auf Lieferung von Species- und Genussachen gerichtet sind, die sich nicht im Besitz des Bürgen befinden, geht aus Westerkamps Ausführungen nicht hervor. Man wird aber doch wohl annehmen müssen, daß er hier keine auf Erfüllung gerichtete Verpflichtung als gegeben ansieht. Denn sonst hätte es einer Hervorhebung jener Fälle nicht bedurft, in denen sich diese Sachen in seinem Besitze befinden. Diese Fälle müßten dann also wie diejenigen behandelt werden, in denen eine Leistung "unmittelbar" aus dem Vermögen nicht möglich ist. - Angesichts der Tatsache, daß sich zum mindesten der Gattung nach bestimmte Sachen in aller Regel ohne weiteres mit den Mitteln eines Vermögens beschaffen lassen, ließe sich aber auch von Westerkamps Grundthese her die Auffassung vertreten, daß der Bürge auch hier das inhaltlich Gleiche wie der Hauptschuldner zu leisten habe. Es findet sich aber bei Westerkamp nirgends eine Andeutung, daß er eine derartige Ansicht teilen würde.

4) Westerkamp S.165

wert schuldet dann auch der Bürge". "Aus dem Einstehen des Bürgen für die Erfüllung der Verbindlichkeit des Hauptschuldners entwickelt sich seine Verpflichtung zur Erfüllung. Aber dieser Übergang von dem bloßen: Sicherung sein zu dem Leistenmüssen ist eine organische Entwicklung der Bürgenverpflichtung."[1)]

Wie also bestimmt Westerkamp Rechtsnatur und Schuldinhalt der Bürgenverpflichtung? Soweit der Bürge die Leistung unmittelbar aus seinem Vermögen entnehmen kann, sind Schuldinhalt der Bürgenverpflichtung und der Hauptverbindlichkeit gleich. Auch der Bürge schuldet hier die Erfüllungshandlung. Auf der einen Seite verwahrt sich Westerkamp energisch dagegen, daß der Bürge "Erfüllung" schulde, auf der anderen Seite findet sich aber auch der Satz: "daß die Erfüllung derVerbindlichkeit des Hauptschuldners nicht von vornherein, nicht schlechthin, weil nicht immer, Inhalt der Bürgschaftsobligation sein kann".[2)] Es wurde bereits bei der Darstellung der herrschenden Lehre aufgezeigt, daß dieser Frage lediglich im Hinblick auf die cessio legis des § 774 BGB Bedeutung zukommt. Es darf auf das dort Ausgeführte verwiesen werden.

Der Schuldinhalt der Bürgenverpflichtung bei auf höchstpersönliche Leistungen gerichteten Schulden[3)] besteht in der Verpflichtung, eine Summe Geldes in Höhe des Interesses zu zahlen. Die Rechtsnatur dieser Leistungsverpflichtung ist weniger eindeutig festzustellen. Wenn Westerkamp sagt, "daß des Bürgen Verpflichtung zum Einstehen für die Erfüllung in die Verpflichtung zur eigenen Erfüllung übergehen kann", daß sich aus dem Einstehen des Bürgen "seine Verpflichtung zur Erfüllung...entwickle",[4)] so darf dem nicht die Bedeutung beigemessen werden, die Forderung des Gläubigers gehe auf die Erfüllungshandlung, sobald sich der ursprüngliche Erfüllungsanspruch gegen den Hauptschuldner in einen Schadensersatzanspruch umgewandelt habe. Vielmehr erklärt sich dieser Ausspruch aus Westerkamps Auffassung, der Bürge habe sich bei Verbürgung für höchstpersönliche Leistungen zunächst - gewissermaßen im Hintergrund - mit

---

1) Westerkamp S.170
2) Westerkamp S.168. Hervorhebung vom Verfasser
3) Das Gleiche hat für Verpflichtungen zu gelten, die sich auf die Lieferung von Species- und Genussachen richten, in deren Besitz der Bürge nicht ist. Vgl. Anm. 3 S.82 dieser Dissertation. Das Gleiche wird auch für Bürgschaften gelten müssen, die für eine Unterlassungsverpflichtung übernommen wurden.
4) Westerkamp S.170

seinem Vermögen "bereitzuhalten". Erst dann, wenn gegen den Hauptschuldner ein Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung entstanden ist, hat der Gläubiger einen Anspruch darauf, daß der Bürge s e i n e , nämlich die Bürgenverpflichtung "erfülle", wobei die von ihm erwartete Handlung eben nicht mit der identisch ist, die der Hauptschuldner zu erbringen sich verpflichtet hat. Nur - wenn der Bürge jetzt seine eigene Verpflichtung erfüllt, so ist der Gläubiger auch wegen seiner Hauptforderung als befriedigt anzusehen, weil das Gesetz der Leistung des Bürgen diese Rechtsfolge beimißt. Wenn sich ferner bei Westerkamp der Satz findet: "Nicht aber ist Nichterfüllung der Hauptverbindlichkeit Voraussetzung der Leistungspflicht des Bürgen",[1] so könnte man stutzig werden, ob hier nicht doch die Konstruktion eines in gewisser Weise subsidiären Anspruches aufgegeben ist. Wie sich aber aus den nachfolgenden Sätzen ergibt, soll damit nicht gesagt sein, daß der Gläubiger darauf verzichten könne, sich zunächst mit seinem Erfüllungsanspruch an den Hauptschuldner zu halten. Vielmehr ist hiermit gemeint, daß der Gläubiger sich schon dann an den Bürgen halten können soll, wenn der Gläubiger E r f ü l l u n g vom Hauptschuldner nicht zu erlangen vermochte. Die Umwandlung in den Schadensersatzanspruch genügt, um die Bürgenverpflichtung zu aktualisieren, da die Hauptschuld nunmehr in eine vertretbare Leistung übergegangen ist.[2] Der Gläubiger braucht nur nicht erst den Hauptschuldner erfolglos auch auf S c h a d e n s e r s a t z in Anspruch genommen zu haben.

Weder hier, noch in den zuerst genannten Fällen liegt nach Westerkamp ein Anspruch vor, der als Schadensersatzanspruch zu kennzeichnen wäre.[3] Dem stehe vor allem entgegen, daß der Bürge sofort zur Leistung verpflichtet sei, und daß ihn auch die Existenz eines solventen Schuldners seiner Verpflichtung nicht enthebe. Insbesondere hafte der Bürge "auch im Moment der Vollblüte des Hauptschuldners".[4] Ferner gebe es Fälle, in denen die Leistung des Bür-

---

1) Westerkamp S.171

2) Es ist aber nicht etwa die Bürgenverpflichtung hier so zu verstehen, als habe sich der Bürge nur für die bei Nichterfüllung der höchstpersönlichen Verbindlichkeit durch den Hauptschuldner entstehende Schadensersatzverpflichtung verbürgt. Sondern der Bürge verbürgt sich auch hier für die auf die höchstpersönliche Leistung gerichtete Schuld, wobei dann lediglich Rechtsnatur und Schuldinhalt seiner Verpflichtung anders sind als im Regelfall

3) Für die Einzelheiten der Begründung siehe Westerkamp S.173 ff.

4) in Anlehnung an Kohler, Recht und Prozess in Grünhuts Zeitschrift Band 14, 16

gen keineswegs als Schadensersatz erscheine und auch keineswegs dem in Geld abzuschätzenden Interesse des Gläubigers gleichkomme. So könnten "auch der individuelle Gegenstand der Leistungspflicht des Hauptschuldners, die geschuldete Species- wie Genussache, die Unkosten der Herstellung des durch Vermittlung der Leistung des Schuldners für den Gläubiger herzustellenden Zustandes aus dem Vermögen des Bürgen entnommen werden".[1] Auch die Einheitlichkeit rechtlicher Bewertung aller Anwendungsfälle werde bei Annahme einer Schadensersatzschuld nicht gewahrt.

Wenn es sich aber bei dem Anspruch des Gläubigers gegen den Bürgen bei auf höchstpersönliche Leistungen gerichteter Schuld nicht um einen Schadensersatzanspruch handeln, der Bürge ferner hier auch nicht die Erfüllung der Hauptverbindlichkeit schulden soll, so bleibt für diese Fallgruppe nur übrig, daß der Bürge eine Geldleistung zu erbringen hat, deren Höhe sich nach der der Hauptschuld im Zeitpunkt der Inanspruchnahme richtet[2]. Diese Verpflichtung wird allerdings erst aktuell und realisierbar, wenn sich die Hauptschuld in eine Schadensersatzschuld umgewandelt hat. Einer vollen Ausklagung des Hauptschuldners und einer erfolglosen Zwangsvollstreckung in sein Vermögen bedarf es aber zuvor nicht.

d. Die Mindermeinung

Ferner wird eine Auffassung vertreten, nach der die Leistung des Bürgen als eine "Ersatzleistung" zu charakterisieren sei, die in jedem Anwendungsfalle gleichen Inhalt habe. Zu ihren Vertretern zählen Bauer-Mengelberg[3], Lauber[4], Leon-

---

1) Westerkamp S.175

2) Vgl. auch Siber, Ih.Jb. 50,114, der die Verpflichtung des Bürgen als ein Einstehen, "seine Leistung als Ersatzleistung, wenn auch nicht als Interesseleistung" charakterisiert, wobei er in der Unterscheidung dieser beiden Begriffe Bierling, Juristische Prinzipienlehre Band 3,376 ff. (380,381) folgt.

3) Bauer-Mengelberg, Bürgschaft, Schuldübernahme und Garantievertrag S. 14 ff.

4) Lauber, SchwJZ 20.Jg., S.318

hard[1], Oertmann[2], Reichel[3], Schulthess[4] und Wieland[5]. Wie Westerkamp und wohl auch die herrschende Lehre gehen auch sie davon aus, daß die Leistung des Bürgen diesem immer objektiv möglich sein müsse. Da der Bürge sich aber auch für solche Schulden verbürgen können solle, die er selbst in eigener Person nicht erfüllen könne, scheide eine Bürgschaftsbestimmung aus, nach der der Bürge als verpflichtet angesehen wird, stets die der Hauptschuld inhaltsgleiche Leistung zu erbringen. Während der Hauptschuldner ein konkretes dare, facere, non facere schulde, schulde der Bürge sein Einstehen dafür, daß der Hauptschuldner leiste. Reichel faßt diese Ansicht dahin zusammen: "Der Bürge, auch der selbstschuldnerische, haftet niemals auf Erfüllung der Hauptschuld, er haftet vielmehr grundsätzlich nur auf das Interesse, das der Gläubiger an der Erfüllung der Hauptschuld hat, und mithin stets nur subsidiär für den Fall, daß der Hauptschuldner (aus faktischen Gründen) seine Verbindlichkeit nicht selbst erfüllt. Bei vertretbarem Tun des Hauptschuldners fällt zufälligerweise die Interessenhaftung des Bürgen mit der (vertretungsweisen) Erfüllung der Hauptschuld im Effekt zusammen".[6] Die Bürgenverpflichtung ist demnach also stets eine Schadensersatzverpflichtung.[7] Sie geht stets auf Geld.[8]

e. Weitere Auffassungen

Der Vollständigkeit halber seien noch einige Autoren erwähnt, deren Ausführungen nicht klar zu entnehmen ist, wie sie Rechtsnatur und Schuldinhalt der Bürgenverpflichtung bestimmen wollen. In einer Gruppe lassen sich etwa Burchard-de Boor[9], Esser[10], Heck[11] und Hedemann[12] zusammenfassen.

---

1) Leonhard, Schuldrecht BT § 159 S. 314
2) Oertmann § 765 BGB Vorb. 3b S. 1223
3) Reichel, Schuldmitübernahme S. 80 ff.
4) Schulthess ZSchwR 44 NF S. 70
5) Wieland HR § 24 VIII S. 290
6) Reichel, Schuldmitübernahme S. 83
7) Besonders deutlich bei Schulthess ZSchwR 44 NF S. 70
8) Schulthess ZSchwR 44 NF S. 72
9) Burchard-de Boor § 90 S. 162, 163
10) Esser, Schuldrecht § 160 Anm. 1 S. 668
11) Heck, Schuldrecht § 126 S. 380, § 127 S. 383
12) Hedemann, Schuldrecht § 62 V 2 S. 405

Alle vier Autoren rücken das Verhältnis von Bürge und Hauptschuldner in die Nähe der Gesamtschuld. Während Burchard-de Boor in der Tatsache, daß der Bürge "in der Regel für das Ganze" hafte, einen "Anklang an die Gesamtschuld" sehen, ordnet Heck, ähnlich wie auch Esser, das Verhältnis von Bürge und Hauptschuldner in die Rechtsfigur der "ungleichartigen" bzw. "unechten Gesamtschuld" ein. Die Verbürgung biete die Merkmale des § 421 BGB. Hauptschuldner und Bürge seien jeder zu der Leistung verpflichtet, und der Gläubiger solle die Leistung nur ein mal erhalten. Im Gegensatz zur typischen Gesamtschuld aber stünden sich beide Schuldner, der Bürge einerseits, der Hauptschuldner andrerseits, nicht gleich. Die eine Obligation (die Bürgschaftsverpflichtung) sei im Verhältnis zur anderen (der Hauptschuld) als Hilfsobligation zu kennzeichnen. Dadurch ergebe sich eine Abhängigkeit und ein Zurücktreten der Bürgschaftsverpflichtung, "die man gemeinhin auf die "akzessorische Natur" der Bürgschaftsschuld zurückführt".[1] Ist damit auch das Verhältnis von Bürgschafts- und Hauptschuld charakterisiert, so ist damit doch noch nicht mit letzter Sicherheit auch der Schuldinhalt der Bürgenverpflichtung im engeren Sinne bestimmt, zumal der Begriff und die Daseinsberechtigung der "ungleichartigen Gesamtschuld" immer noch heftig umstritten sind. Es ist aber wohl davon auszugehen, daß es sich hier nach Auffassung der genannten Autoren um eine akzessorische Schuldmitübernahme handeln, also grundsätzlich der Schuldinhalt der Bürgen- und der Hauptschuld gleich sein soll, daß infolgedessen der Bürge inhaltlich das Gleiche zu leisten habe, wie der Hauptschuldner. Ausnahmen werden im Gegensatz zur herrschenden Lehre von keinem dieser Autoren erwähnt, was allerdings möglicherweise darauf zurückzuführen ist, daß sie die Problematik, die bei Bürgschaften für höchstpersönliche und ihnen gleichzusetzende Leistungen auftritt, überhaupt nicht erwähnen, und wohl auch nicht berücksichtigt haben. Insofern ist ihre Aussage für eine Verwertung in dieser Arbeit auch nur von bedingtem Wert.[2]

Es wäre schließlich noch die Auffassung von Enneccerus-Lehmann[3] zu erwäh-

---

1) Heck, Schuldrecht § 127 S.383

2) Wenig Aufschluß geben die handelsrechtlichen Kommentare zu § 349 HGB, die zumeist auf die bürgerlichrechtliche Literatur zum Bürgschaftsrecht verweisen. Vgl. v.Godin in RGRK § 349 HGB S.171 bis 212. Anm. 9 S.177 deutet vielleicht darauf hin, der Bürge habe das inhaltlich Gleiche wie der Hauptschuldner zu leisten. Möglicherweise bezieht sich aber die dort festgestellte Gleichheit nur auf den Umfang der Schuld

3) Enneccerus-Lehmann § 191 S.785 Anm. 1

nen, nach welcher der Bürge den "Erfolg" verspreche, daß die Hauptschuld erfüllt werde. Was damit gemeint ist, läßt sich allerdings mit Sicherheit nicht feststellen. Doch ist wohl anzunehmen, daß auch sie der Ansicht sind, der Bürge habe dem Gläubiger das inhaltlich Gleiche wie der Hauptschuldner zu leisten. Ausnahmen hiervon sehen Enneccerus-Lehmann nicht vor.

Die höchstrichterliche Rechtsprechung hat sich nur selten zur Frage des Schuldinhaltes der Bürgenverpflichtung geäußert, und sich auch dann meist nur am Rande mit diesem Problem befaßt, so daß es nicht möglich ist, festzustellen, welcher Auffassung das Reichsgericht und der Bundesgerichtshof zuneigen.[1)]

f. Eigene Bestimmung von Rechtsnatur und Schuldinhalt der Bürgenverpflichtung

Angesichts der Vielzahl zur Frage von Rechtsnatur und Schuldinhalt der Bürgenverpflichtung vertretenen Meinungen ist es erforderlich, den eigenen Standort festzulegen. Sicher wäre es auch hier empfehlenswert, eine immanente Kritik der einzelnen Lehrmeinungen vorauszuschicken, so wie das bei der entsprechenden Frage des § 128 HGB geschehen ist. Darauf darf aber wohl doch verzichtet werden, da die Problematik dieser beiden Regelungen so weitgehend gleich ist, die bisherigen Lösungsversuche einander hier wie dort so sehr entsprechen, daß eine immanente Kritik im Grunde nur auf eine Wiederholung des bereits zu § 128 HGB Ausgeführten hinausliefe. So darf denn also gleich mit der eigenen Bestimmung von Rechtsnatur und Schuldinhalt der Bürgenverpflichtung begonnen werden.

aa) Wortlautinterpretation

Auszugehen ist zunächst vom Wortlaut der für das Recht der Bürgschaft maßgeblichen Vorschriften des BGB. Hier kommt in erster Linie § 765 BGB in Betracht, in dem das Wesen der Bürgschaft vornehmlich charakterisiert wird. Hiernach verspricht der Bürge, "für die Erfüllung der Verbindlichkeit einzustehen". Wesentlich ist also die Bedeutung des Wortes "Einstehen". Westerkamp kennzeichnet den Sprachsinn dieses Wortes zutreffend folgendermaßen: "Einstehen kann man

---

1) Für Erfüllungsschuldnerschaft vielleicht: RGZ 73,262 ff. (263); für Einständerschaft vielleicht: RGZ 71,56 ff. (58); RGZ 134,126 ff. (128); RGZ 140,132 ff. (135); unklar: RGZ 140,216 ff. (219)

...nur für etwas, dessen Eintreten aus einem anderen Grunde erhofft und erwartet wird. Auch heißt für etwas einstehen: zunächst abwarten wollen. Es soll abgewartet werden, ob das aus anderem Grunde Erwartete nicht ohne Zutun des Einstehenden eintritt. Endlich bedeutet Einstehen aber auch: wenn das Erwartete und Erhoffte nicht ohne Mithilfe des Einstehenden eintritt, dann soll der Einstehende das Seine zur Herbeiführung des Erfolges tun. Das Maß dessen, was der für den Erfolg Einstehende schließlich selbst zur Verwirklichung des Erfolges tun muß, ist zur Zeit des Einstandsversprechens noch nicht bestimmt. Erst der Gang der Ereignisse wird das lehren".[1] Dies alles läßt sich sehr gut auch auf das Bürgschaftsrecht übertragen und trifft auch auf die selbstschuldnerische, vorausklaglose Bürgschaft zu. Denn auch bei Abschluß einer selbstschuldnerischen Bürgschaft herrscht in aller Regel die Vorstellung vor, der Bürge solle erst in zweiter Linie haften. Dennoch ist diese Umschreibung des Einstehens letztlich für den Schuldinhalt einer auf ein Einstehen gerichteten Schuld nicht aussagekräftig. Denn, womit der Einständer einzustehen habe, ergibt sich hieraus noch nicht. Weder über den Leistungserfolg, noch darüber, zu welchem Tun der Bürge verpflichtet ist, sagt sie etwas aus.[2] Wenn Westerkamp meint, Einstehen bedeute im Bürgschaftsrecht "Einstehen mit dem Vermögen"[3], so ist das nicht schon dem Wortsinn zu entnehmen, sondern beruht bereits auf einer teleologischen Wertung. Einen festen rechtlichen terminus technicus "Einstehen" gibt es nicht. Es kann bedeuten, daß der Bürge die inhaltlich gleiche Leistung wie der Hauptschuldner, also die Erfüllungshandlung, zu erbringen habe; es kann ebenso gut bedeuten, daß er den Gläubiger lediglich schadlos zu halten verpflichtet sei. In diesem letztgenannten Sinne dürfte der Begriff noch am häufigsten verwendet werden, vor allem im Bereich des Schadensersatzrechtes. Dennoch ist seine Bedeutung für das Bürgschaftsrecht selbständig zu entwickeln.

Während die Motive in § 668 E I noch davon sprechen, der Bürge werde durch den Bürgschaftsvertrag verpflichtet, die Verbindlichkeit des Hauptschuldners "zu erfüllen", findet sich ein entsprechender Satz im heutigen Bürgschaftsrecht nicht mehr. Allerdings bedarf der heutige § 766 S.2 BGB noch einer Erläuterung. Scheint es doch so, als gehe das Gesetz hier von einem auf die Erfüllungshandlung gerichteten Anspruch aus.[4] Aber der Schein trügt. § 766 S.2 BGB lautet:

---

1) Westerkamp S.39
2) Westerkamp S.160
3) Westerkamp S.150
4) Siber, Ih.Jb. 50,111 will aus § 766 S.2 BGB schließen, "daß der Bürge, wenn er zur Erfüllung der Hauptschuld imstande ist, das Gleiche zu leisten

"Soweit der Bürge die Hauptverbindlichkeit erfüllt, wird der Mangel der Form geheilt". § 766 S.2 BGB sagt damit aber nichts darüber aus, worauf die Forderung des Gläubigers gegen den Bürgen gerichtet ist. Er setzt nicht mehr voraus, als eine Handlung des Bürgen, und zwar eben diejenige, der das Gesetz die Wirkung der Gläubigerbefriedigung zuschreibt, wobei es dem Gesetzgeber frei steht, diese Handlung ihrem Inhalte nach verschieden zu gestalten. Vom Ergebnis "Erfüllung" kann auf jeden Fall noch nicht auf einen notwendigerweise zugrunde liegenden Anspruch auf die Erfüllungshandlung geschlossen werden. Sollte sich herausstellen, daß die Forderung des Gläubigers gegen den Bürgen auf Zahlung einer Summe Geldes gerichtet ist, sei es primär, oder sekundär als Schadensersatz, so wäre die Leistung der Summe Geldes durch den Bürgen Erfüllung der Bürgenverpflichtung, durch die der Gläubiger auch im Verhältnis zum Hauptschuldner kraft gesetzlicher Anordnung als befriedigt anzusehen wäre.[1] Daß diese Auffassung dem Sinn und Zweck des § 766 S.2 BGB gerecht wird, ergibt sich auch daraus, daß es zu einem sehr merkwürdigen Ergebnis führen würde, wollte man die Heilung des Formmangels nur dann eintreten lassen, wenn der Bürge ausschließlich oder doch mindestens zugleich mit seiner eigenen Verpflichtung die Hauptschuld erfüllen wollte, nicht aber, wenn er lediglich seine Bürgenverpflichtung tilgen wollte, wie das die herrschende Lehre als Normalfall annimmt. Eine solche Auffassung führte zu der Konsequenz, daß in der Mehrzahl der Fälle eine Heilung des Formmangels nicht eintreten könnte, obwohl der Gläubiger das ihm Zukommende erhalten hat, und weiter, daß die Heilung des Formmangels nur damit erkauft werden könnte, daß der Bürge auf seinen Regreßanspruch aus § 774 BGB verzichtete. Denn sobald er die Hauptschuld tilgt, fehlt es nach der auch von uns geteilten herrschenden Lehre zur cessio legis nach § 774 BGB an einem Anspruch, der auf den leistenden Bürgen übergehen könnte. Daß § 766 S.2 BGB so nicht auszulegen ist, darf

---

hat, wie der Hauptschuldner." Es wäre nach seiner Ansicht eine geradezu unerklärlich fehlerhafte Ausdrucksweise des Gesetzes, wenn die Bürgenverpflichtung stets auf Geldersatz gerichtet und infolgedessen bei allen Nichtgeldschulden auch dem Gegenstande nach von der Verpflichtung des Hauptschuldners verschieden wäre. Man müsse daher aus § 766 S.2 BGB doch wenigstens folgern, daß die Bürgenverpflichtung "äußerlich in der Regel ebenso aussieht, wie jene".

1) Ebenfalls der Meinung, daß der Formmangel durch die Erfüllung der Bürgenverpflichtung geheilt werde, sind: Fischer in RGRK § 766 Anm.12 S.930, Siber, Rechtszwang S.239; Staudinger-Brändl § 766 S.2516 Anm.18; Reichel S.76,77; Westerkamp S.156,157

mit Sicherheit angenommen werden. Weniger verwirrend wäre eine den §§ 313 S.2, 656 Abs. 1 S.2, 762 Abs. 1 S.2 BGB entsprechende Formulierung gewesen.

Dafür, daß die Bürgenverpflichtung auf die Erfüllungshandlung, auf die der Hauptschuld inhaltsgleiche Leistung, gerichtet sein könnte, könnte auch noch § 775 Abs.1 Nr.4 BGB sprechen, wo von einem vollstreckbaren Urteil des Gläubigers gegen den Bürgen "auf Erfüllung" die Rede ist. Dem dürfte aber mit noch größerer Sicherheit als bei § 766 S.2 BGB nur die Bedeutung beizumessen sein, daß hiermit die Erfüllung der Bürgenverpflichtung[1] mit dem vom Gesetz vorgesehenen, in § 775 Abs. 1 Nr. 4 BGB als anderweitig bestimmt vorausgesetzten Inhalt gemeint ist.

Für eine Verpflichtung, die inhaltlich gleiche Leistung wie der Hauptschuldner erbringen zu müssen, ließe sich schließlich noch § 773 Nr. 1 BGB anführen, wo dem Bürgen die Möglichkeit eröffnet wird, sich "als Selbstschuldner" zu verbürgen. Damit soll aber nicht gesagt sein, daß er dann gleich wie ein Selbstschuldner schulde.[2] Das ergibt sich schon aus der Bestimmung selbst. Die Verbürgung "als Selbstschuldner" wird durch das "insbesondere" des § 773 Nr.1 BGB als Unterfall der Bürgschaft mit Einredeverzicht hinsichtlich der Vorausklage eindeutig gekennzeichnet. Es soll lediglich klargestellt werden, daß eine Bürgschaft, die jemand mit der Erklärung eingeht, er wolle "als Selbstschuldner" bürgen, als eine Bürgschaft anzusehen ist, bei der auf die Einrede der Vorausklage verzichtet wurde. Über das, was der Bürge zu leisten hat, will § 773 Nr. 1 BGB keine Auskunft geben.

Im übrigen bedient sich das Recht der Bürgschaft meist der neutralen, indifferenten Formel der "Befriedigung des Gläubigers" (§§ 770 Abs. 1, 771, 774 Abs. 1 BGB), die keinerlei Aufschluß über Rechtsnatur und Schuldinhalt der Bürgenverpflichtung zu geben vermag.

bb. Motive und Protokolle - Historische Auslegung

Geht man vom Wortlaut des § 668 E I zum BGB aus, so scheint die Bürgenverpflichtung auf die Erbringung der Erfüllungshandlung gerichtet zu sein. Er lautet:

---

1) Siber Ih.Jb. 50, 108
2) So richtig Reichel S.77

> "Durch den Bürgschaftsvertrag wird der Bürge gegenüber dem Gläubiger eines Dritten verpflichtet, die Verbindlichkeit des letzteren zu erfüllen, wenn die anderweite Erfüllung derselben unterbleibt".

Westerkamp weist mit Recht darauf hin, daß hiermit allein über den eigentümlichen Zweck der Bürgschaft im Grunde nichts ausgesagt sei.[1] Darüber, was der Bürge zu leisten hat, gebe erst die Verbindung des § 668 E I mit § 672 E I Auskunft:

> "Der Bürge haftet für die Erfüllung der Hauptverbindlichkeit in deren jeweiligem Bestande und Umfang".

Ein Argument von rechtlicher Erheblichkeit läßt sich dem aber nicht entnehmen, da eine Trennung sachlich zusammengehörender Aussagen über ein Rechtsinstitut in mehrere nicht unmittelbar aufeinander folgende Paragraphen zwar redaktionell ungeschickt sein mag, an der Vollständigkeit der Aussage an sich aber - im Umfange des überhaupt Ausgesagten - nichts ändert. Möglicherweise wollte Westerkamp mit seinem Hinweis aber auch ein von ihm später ausgeführtes Argument ankündigen, daß nämlich § 668 E I seinem Wortlaute nach auf eine Gesamtschuld hindeute, dem aber die in § 672 E I angeordnete Akzessorietät entgegenstehe, so daß der Bürge auch nicht zur Leistung des inhaltlich Gleichen wie der Hauptschuldner verpflichtet sein könne[2]. Daß diese Argumentation nicht schlüssig ist, wird noch aufzuzeigen sein. Sie übersieht die Möglichkeit der Gestaltung der Bürgschaft als einer akzessorischen Schuldmitübernahme.

Westerkamp versucht weiter, durch das Aufzeigen einer Unstimmigkeit zwischen § 668 E I und § 672 E I nachzuweisen, daß der Bürge nicht zur Leistung des inhaltlich Gleichen wie der Hauptschuldner verpflichtet sei.[3] Während der Bürge nach § 668 E I verpflichtet sein solle, "die Verbindlichkeit des Hauptschuldners zu erfüllen", habe er nach § 672 E I "zu haften für die Erfüllung der Hauptverbindlichkeit". Es ist zuzugeben, daß hier ein Widerspruch vorliegen kann, aus dem zum mindesten die Folgerung gezogen werden muß, neben einer Ausdeutung der Bürgenverpflichtung als einer akzessorischen Schuldmitübernahme sei auch die weitere Möglichkeit in Betracht zu ziehen, daß der Bürge ledig-

---

1) Westerkamp S.151
2) Westerkamp S.154
3) Westerkamp S.152

lich zur Zahlung einer Summe Geldes - sei es primär, sei es sekundär als Schadensersatz - verpflichtet sei.

Eine Vermutung dafür, der Inhalt der Bürgenverpflichtung sei von vornherein nicht der des § 668 E I, sondern des § 672 E I gewesen, der Ausdruck in § 668 E I sei nicht zu Recht gewählt worden, läßt sich daraus entnehmen, daß in den Protokollen die Änderung des § 668 E I in den heutigen § 765 BGB nur als "redaktionelle Änderung" bezeichnet wurde.[1] Nicht nur in § 668 E I, auch in § 671 und § 672 E I wurde die Kennzeichnung der Leistung des Bürgen als "Erfüllung der Hauptverbindlichkeit" durch die Redaktionskommission beseitigt. Ist aber diese Änderung nur durch die Redaktionskommission vorgenommen worden, gewissermaßen als Berichtigung ohne materielle Bedeutung, aber doch als Ersetzung einer Formulierung durch eine andere, die dem vom Gesetzgeber Gewollten besseren und klareren Ausdruck verschaffen sollte, so ist damit tatsächlich ein wohl zu beachtendes Indiz gegen eine Bestimmung des Wesens der Bürgschaft gegeben, nach welcher der Bürge die gleiche Erfüllungshandlung schulde, wie der Hauptschuldner.[2][3]

Nicht schlüssig scheint uns dagegen das von Westerkamp[4] gegen eine die Erfüllungsschuldnerschaft des Bürgen bejahende Auffassung gerichtete Argument zu sein, das er der Behandlung eines Antrages auf Änderung des sachlich mit dem heute geltenden § 768 S.1 BGB übereinstimmenden § 671 E I durch die Kommission[5] entnehmen zu können glaubt. § 671 E I sollte hiernach durch folgende Bestimmung ersetzt werden: "Mängel der Hauptverbindlichkeit können von dem Bürgen geltend gemacht werden, wenn sich nicht aus dem Inhalte des Bürgschaftsvertrages oder den Umständen, unter welchen er geschlossen worden ist, ein Anderes ergibt". Zur Begründung wurde vorgebracht, es solle hiermit ein erweiterter, von der streng akzessorischen Gestaltung abweichender Bürg-

---

1) Protokolle II, 461
2) Ebenso Westerkamp S.152
3) Immerhin ist interessant, daß Siber Ih.Jb. 50,112,113 zu dem entgegengesetzten Schluß kommt. "Der Antrag, dafür (§ 668 E I) zu setzen, daß der Bürge "für die Erfüllung der Verbindlichkeit des Dritten einzustehen habe", enthielt nach Ansicht der II. Kommission keine sachliche Änderung VON DER FRÜHEREN FASSUNG". Vgl. auch die nachfolgenden Sätze dort. - Hervorhebung vom Verfasser
4) Westerkamp S.152,153
5) Protokolle II, 464,465 zu § 671 Abs. 1 E.I

schaftsbegriff geschaffen werden. Er solle es ermöglichen, den Bürgen "zur selbständigen Erbringung der Leistung" zu verpflichten, auch wenn die Verbindlichkeit von einem Minderjährigen eingegangen worden sei, ohne daß der Vormund das zugrunde liegende Rechtsgeschäft genehmigt hätte. Der Antrag wurde mit der Begründung abgelehnt, er führe folgerichtig dahin, den Begriff der Bürgschaft umzudrehen, und zwar in der Weise, daß der Bürge nicht mehr für die Verbindlichkeit des Hauptschuldners hafte, sondern für die den Gegenstand des Hauptvertrages bildende Leistung. Westerkamp zieht hieraus nun folgenden Schluß: "Es tritt in dieser Bemerkung der Protokolle klar zu Tage, was die Kommission als Begriffsbestimmung der Bürgschaft nicht wollte: der Bürge soll nicht für die den Gegenstand des Hauptvertrages bildende Leistung haften. Der klare Ausspruch des Nichtgewollten genügt aber zunächst, um nachzuweisen, daß Erfüllung der Hauptverbindlichkeit nicht Inhalt der Bürgenverpflichtung ist. Denn wenn Erfüllung einer Verbindlichkeit - das völlig gleiche also, was dem Schuldner obliegt - unmittelbarer Inhalt eines Schuldverhältnisses ist, so muß auch das zu Leistende, der Gegenstand der Leistung, mittelbarer (nämlich durch die Leistungspflicht vermittelter) Inhalt des Schuldverhältnisses sein. Daß die Mehrheit der Kommission aber diese Folge nicht wollte, ist klar zum Ausdruck gebracht".

Betrachtet man aber gerade das gegebene Beispiel, das der Begründung des Antrages entnommen ist, so scheint die Kommission mit ihrer Begründung der Ablehnung des Antrages doch etwas anderes gemeint zu haben, auch wenn der bloße Wortlaut der Ablehnungsbegründung Westerkamps Ausdeutung zunächst Recht zu geben scheint. Was mit dem Antrag bezweckt wurde, war doch vor allem, den Bürgen auch dann - bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen - schulden zu lassen, wenn eine rechtswirksame Hauptschuld gar nicht bestand. Nur insoweit sollte vom Erfordernis der Akzessorietät abgesehen werden. Mit dem Antrag war also die Schaffung einer selbständigen Verpflichtung, einer Art Garantievertrag, bezweckt. Die Begründung der Ablehnung durch die Kommission ist dann dahin zu verstehen, der Bürge solle nicht für die den Gegenstand des Hauptvertrages bildende Leistung "an sich", also ungeachtet bestimmter rechtlicher Mängel,haften - die Akzessorietät solle voll aufrechterhalten bleiben. Es kommt infolgedessen bei der gegebenen Sachlage auf den speziellen Inhalt des Gegenstandes des Hauptvertrages gar nicht an.

Nach alledem wird man feststellen müssen, daß aus der Zusammenschau der Motive und Protokolle eine eindeutige Auffassung nicht zu erkennen ist. Die

---

1) Westerkamp S.153

Bestimmungen des I. Entwurfes zum BGB stehen nicht miteinander im Einklang. Doch wird man wohl sagen dürfen, daß die redaktionellen Änderungen eher auf eine Bürgschaftsverpflichtung schließen lassen, durch die der Bürge nicht zur Leistung des inhaltlich Gleichen wie der Hauptschuldner verpflichtet wird, daß vielmehr der Schuldinhalt der Bürgen- und Hauptschuld nicht notwendig immer identisch sein müssen, so daß eine als Einständerschaft aufgefaßte Bürgschaft den Materialien am nächsten käme.

cc. Systematische und teleologische Auslegung

Die bisherigen Untersuchungen haben ergeben, daß weder aus dem Wortlaut, noch aus den Materialien zum Bürgschaftsrecht eine klare Entscheidung über Rechtsnatur und Schuldinhalt der Bürgenverpflichtung zu treffen ist. Es bleibt nun noch zu prüfen, ob sich aus einem systematischen Vergleich verwandter Rechtsinstitute Aufschluß hierüber gewinnen läßt, wobei diese Art der Auslegung eng mit der teleologischen zu verknüpfen sein wird, da neben den formalen Kriterien gerade die den rechtlichen Gestaltungen zugrunde liegenden Interessenwertungen Daseinsberechtigung und Inhalt der verschiedenen Gestaltungen wesentlich mitbestimmen.

In Betracht kommen hier als mögliche Entsprechung der Bürgenverpflichtung die gesamtschuldnerische Schuldmitübernahme[1], die akzessorische Schuldmitübernahme, die auf eine Geldleistung gerichtete Einständerschaft[2] und

---

1) Synonym werden verwendet die Bezeichnungen: kumulative oder bestärkende Schuldübernahme, Schuldmitübernahme und Schuldbeitritt. Im folgenden soll diese Rechtsfigur als "Schuldmitübernahme" bezeichnet werden, und zwar als gesamtschuldnerische Schuldmitübernahme. Mutet dies auch zunächst pleonastisch an, da bisher der gesamtschuldnerische Charakter der Schuldmitübernahme als immanent vorausgesetzt wurde, von wenigen Ausnahmen abgesehen, so zeigt doch gerade die Problematik des § 128 HGB und der §§ 765 ff. BGB, daß daneben mit einer akzessorisch gestalteten Schuldmitübernahme gerechnet werden muß, zumal eine solche der Sache nach vielfach angenommen wird.

2) Der Begriff der "Einständerschaft" ist kein rechtlicher terminus technicus. Er wird häufig hinsichtlich der Bürgschaft verwendet, wobei dann allerdings sehr Unterschiedliches hierunter verstanden wird. Im folgenden soll hier nur die Verpflichtung zur Zahlung einer Geldsumme als Schuldinhalt einer interzessorischen Gestaltung als Einständerschaft bezeichnet werden,

der Garantievertrag. Welcher dieser Gestaltung ist nun die Bürgschaft zuzurechnen?

Das Gemeinsame dieser vier rechtlichen Gestaltungen ist darin zu finden, daß zu einer bereits bestehenden (Haupt-) Verpflichtung eine weitere, neue hinzutritt, welche die Sicherung der ursprünglichen Forderung des Gläubigers bezweckt. Sie alle, deren einer auch die Bürgschaft zuzurechnen ist, gehören daher zu den noch weitere Beispiele umfassenden sogenannten Interzessionsverträgen, genauer noch, den Personalinterzessionen. Diese haben in unserer Rechtsordnung keine einheitliche Regelung gefunden. Eine nur schwache Andeutung findet sich in § 1822 Nr. 10 BGB, welcher die Bürgschaft als Unterfall der auf die "Übernahme einer fremden Verbindlichkeit" gerichteten Verträge aufführt.

Von den genannten vier Möglichkeiten kommen für die Bestimmung des Wesens der Bürgschaft letztlich nur die akzessorische Schuldmitübernahme und die Einständerschaft in Betracht, da mit Sicherheit festgestellt werden kann, daß die Bürgschaft weder Garantievertrag, noch gesamtschuldnerische Schuldmitübernahme sein kann.

Der Garantievertrag verfolgt im Gegensatz zu den übrigen Gestaltungen interzessorischer Verträge einen ganz speziellen, nur ihm eigenen Zweck.[1] Ihm ist wesentlich, daß der Garant für einen bestimmten Erfolg einzutreten verspricht, bzw. sich verpflichtet, die Gewähr für einen künftigen, noch nicht entstandenen Schaden zu übernehmen, also ein Risiko zu decken.[2] Die Schuld

---

wobei zunächst offen bleiben kann, ob es sich bei der Einständerschaft um Schadensersatz oder um eine primäre Leistungsverpflichtung handelt

1) Von einem Vergleich mit dem Schuldversprechen und dem Schuldanerkenntnis der §§ 780, 781 BGB kann angesichts der ihnen eigenen Abstraktheit hier abgesehen werden

2) Brüggemann in Achilles-Greiff § 765 BGB Anm. 1 S. 393; Bauer-Mengelberg S. 26 ff.; Enneccerus-Lehmann § 197 II 2 S. 808; Erman-Wagner § 765 BGB Vorb. 3a S. 1379; Esser, Schuldrecht § 94 Anm. 3 S. 431, 432; Larenz, Schuldrecht II § 58 I S. 302; Planck-Oegg II § 765 BGB Vorb. IV 2 S. 1399; Fischer in RGRK § 765 BGB Vorb. 17 S. 912; Vorb. 19 S. 913; Löscher in RGRK § 414 Vorb. 19 S. 1512; v. Godin in RGRK § 349 HGB Anm. 61 S. 209; Schlegelberger-Hefermehl § 349 HGB Anm. 10 S. 1364; Erdsiek-Mühl in Soergel-Siebert § 765 BGB Vorb. 7 S. 852; Staub-Gadow § 349 HGB Anm. 12 S. 134; Staudinger-Brändl § 765 BGB Vorb. 54 S. 2494; RGZ 72, 138 ff. (140); RGZ 90, 415 ff. (417, 418); RGZ 103, 231 ff. (237);

des Garanten ist in aller Regel auf eine Geldleistung gerichtet. Richtet sich die Hauptschuld auf die Erbringung der Erfüllungshandlung, so geht die Garantenpflicht auf Schadloshaltung.[1] Die Besonderheit besteht nun darin, daß die Garantie auch für den Fall der Unwirksamkeit oder des späteren Fortfalls der Forderung zum Zuge kommen soll.[2] Gerade dieses unbedingte Einstehen für den Erfolg unterscheidet den Garantievertrag von der Bürgschaft, deren charakteristisches Merkmal nach § 767 BGB die Akzessorietät ist, so daß sie gerade in den Fällen, in denen der Garantievertrag sein eigentliches Wesen entfaltet, gar nicht erst entsteht, bzw. nachträglich entfällt.

Bürgschaft ist aber auch nicht gesamtschuldnerische Schuldmitübernahme.[3] Dem steht schon die Bestimmung des § 767 BGB entgegen, der für die Bürgschaft den Grundsatz der Akzessorietät aufstellt, während für das Innenverhältnis einer Gesamtschuld der Grundsatz der Correalität gilt[4], wie er in den §§ 422 bis 426 BGB ausgestaltet worden ist. Das Verhältnis nur zweier Forderungen zueinander kann nicht gleichzeitig durch das Merkmal der Akzessorietät und der Correalität gekennzeichnet sein. Insoweit schließen sich diese beiden Gestal-

---

RGZ 146,123; RGZ 163,99; BGHZ in LM Nr. 1 zu § 765 BGB und in BB 54,1044

1) Löscher in RGRK § 414 BGB Vorb. 19 S.1512; Schlegelberger-Hefermehl § 349 HGB Anm. 10 S.1364; Staub-Gadow § 349 HGB Anm. 66 S.137

2) Literatur und Rechtsprechung wie Anm. 2 der Seite 96

3) Westerkamp S.339 will mit Recht demjenigen, der bürgen will, aber fälschlich Worte gebraucht, die eine Schuldmitübernahme ausdrücken, die Irrtumsanfechtung gewähren, und nimmt offenen Dissens an, wenn der eine Teil von Bürgschaft, der andere von Schuldmitübernahme spricht (S.315). Wohlwollend hierzu Reichel, Schuldmitübernahme S.89 FN 1

4) "Correalität" wird hier nur als Kennzeichnung der gesamtschuldnerischen Konstellation mehrerer Verbindlichkeiten verwendet, als Gegensatz zur Akzessorietät; nicht etwa im Sinne der alten Streitfrage von "Correalität und Solidarität" (vgl. hierzu Reichel, Schuldmitübernahme S.27). Auch die Frage, ob für das Gesamtschuldverhältnis die Einheits-, oder Mehrheitstheorie zu bejahen ist, soll hier nicht untersucht werden, da einerseits das praktische Ergebnis nicht sehr verschieden voneinander ist, zum anderen aber auch eine Entscheidung für diese oder jene Theorie ohne Auswirkung auf unser Thema ist. (Vgl. zu dieser Unterscheidung u.a. Reichel, Schuldmitübernahme S.28 ff.)

tungsmöglichkeiten gegenseitig aus.[1] Wohl kann bei Hinzutreten einer weiteren Forderung, in dieser komplexeren Erscheinung, sowohl Akzessorietät, als auch Correalität verwirklicht sein, wofür gerade die Bürgschaft ein Beispiel gibt. Hier haften die Mitbürgen untereinander nach § 769 BGB gesamtschuldnerisch, während die Schuld jedes Mitbürgen im Verhältnis zur Hauptschuld sich akzessorisch verhält. Entsprechendes gilt für § 128 HGB.

Gerade aber § 769 BGB spricht ebenfalls dagegen, daß zwischen dem Hauptschuldner und dem Bürgen eine gesamtschuldnerische Schuldmitübernahme durch den Abschluß des Bürgschaftsvertrages entstanden sein könnte. Hier und in § 774 Abs. 2 BGB ist ausgesagt, daß die Mitbürgen als Gesamtschuldner haften. Bestünde zwischen dem Bürgen und dem Hauptschuldner ohnehin schon ein Gesamtschuldverhältnis, so hätte es dieser Bestimmung nicht bedurft. Sie drückten dann nur etwas Selbstverständliches in dazu noch unvollkommener Weise aus. Denn: wäre der Bürge tatsächlich Gesamtschuldner neben dem Hauptschuldner, so würde jeder weitere Bürge in die Reihe der Gesamtschuldner mit gleichem Range eintreten.[2]

Gegen die Bestimmung der Bürgschaft als einer gesamtschuldnerischen Schuldmitübernahme sprechen auch die §§ 193 KO, 33 VerglO und 356 HGB, wo jeweils eine deutliche Unterscheidung zwischen Gesamtschuldnern und Bürgen getroffen wird.[3] In § 193 KO spricht das Gesetz von "Mitschuldnern und Bürgen", in § 356 HGB - ähnlich in § 33 VerglO - von "Gesamtschuldnern und Bürgen". Eine zwingende Beweisführung läßt sich hieraus allerdings nicht ableiten, da sich der Gesetzgeber manchmal veranlaßt sieht, auch an sich Überflüssiges durch ausdrückliche Nennung zum Zwecke der Klarstellung zu betonen. Immerhin darf den genannten Bestimmungen doch ein gewisser Indizwert zugesprochen werden.

Ist die Bürgschaft aber nicht eine gesamtschuldnerische Schuldmitübernahme, so muß sie von dieser unterschieden sein. Gerade dieser Unterschied kann für die Bestimmung von Rechtsnatur und Schuldinhalt der Bürgenverpflichtung fruchtbar gemacht werden.

Im ersten Jahrzehnt dieses Jahrhunderts spielte die Frage in der rechtstheoretischen Auseinandersetzung eine große Rolle, ob überhaupt ein Unterschied

---

1) a.A. Reichel, Schuldmitübernahme S.40
2) Reichel, Schuldmitübernahme S.78
3) Reichel, Schuldmitübernahme S.78,79

zwischen Bürgschaft und Schuldmitübernahme gemacht werden könne, und wenn, worin dieser zu finden sei. Vor allem das Reichsgericht schien diese Frage zunächst als wenig bedeutsam abtun zu wollen, indem es Bürgschaft und Schuldmitübernahme als in gleicher Weise zu gleichem Zwecke verwendbare Rechtsinstitute anzusehen schien.[1] Die Auseinandersetzung, die sich gerade hieran entzündete, zu der vor allem Reichel und Westerkamp in fruchtbarer und zum Teil noch heute gültiger Weise beigetragen haben, hat vor allem eines bewirkt: das Institut der gesamtschuldnerischen Schuldmitübernahme, das im Gesetz selbst keine ausdrückliche Regelung gefunden hat, ist durch sie so scharf herausgearbeitet worden, daß heute nahezu völlige Übereinstimmung über deren Daseinsberechtigung und Ausgestaltung erreicht ist. Einmütigkeit besteht auch über die Kriterien, die eine Abgrenzung zwischen der Bürgschaft - wie immer diese auch im einzelnen verstanden werden mag - und der Schuldmitübernahme ermöglichen sollen. Was nun aber die Frage nach Rechtsnatur und Schuldinhalt der Bürgenverpflichtung anbetrifft, gerade wenn man dieses Problem von der Schuldmitübernahme her betrachtet, so gilt auch heute noch unverändert die Erwägung, die Westerkamp seinem der Abgrenzung von Bürgschaft und Schuldmitübernahme gewidmetem Werk voranschickt: "Gerade dadurch, daß der Bürg-

---

1) RGZ 51,120 ff. (122) läßt offen, ob zwischen selbstschuldnerischer Bürgschaft und Schuldmitübernahme unterschieden werden könne. RGZ 59,233 stellt fest, "daß aber der Regel nach und im Zweifel die sogenannte kumulative Schuldübernahme nichts anderes als eine Bürgschaft ist." Zum mindesten sehr mißverständlich drückt sich RGZ 64,319,320 aus: "Aber nicht jede Begründung eines Gesamtschuldverhältnisses, bei der neben den bisherigen Schuldner ein neuer Schuldner tritt, enthält eine Verbürgung". Vgl. ferner RGZ 71,113 ff. (118) und RGZ 78,37 ff.(40), wo gesagt wird, im Zweifel sei die sog. kumulative Schuldübernahme als Bürgschaft zu betrachten. v.Blume Ih.Jb. 39,391 ff. (426) kennzeichnet das Verhältnis von Bürgschaft und Schuldmitübernahme so: "Es kann nur gebilligt werden, daß sie als Unterart der Bürgschaft behandelt wird; denn Verbürgung ist ihr praktischer Zweck", und S.428: "Zweck einer bestärkenden Schuldübernahme ist...die Verbürgung als Selbstschuldner (BGB § 773). Vgl. auch Salinger in ABR 28,86 bis 88, der zwar zwischen Bürgschaft und Schuldmitübernahme trennt (S.82,83), aber neben der Bürgschaft eine kumulative Schuldübernahme mit Bürgschaftscharakter und eine Schuldmitübernahme mit Eigeninteresse anerkennt. Ähnlich unterscheidet Birkenbihl Recht 03,286

schaft in dem Schuldbeitritt ein in mannigfachen Beziehungen verwandtes Rechtsgebilde an die Seite getreten ist, wird die Beantwortung mancher Fragen zweifelhaft und schwierig, über die ohne Beachtung hinweggegangen werden konnte, so lange man es nur mit der Bürgschaft zu tun hatte. Andere Fragen wiederum, die bisher unstreitig waren, bedürfen einer genaueren und festeren Begründung. Feststellung des Begriffs der Bürgschaft wird sich sogar als der schwierigere Teil der Aufgabe gegenüber der Feststellung des Begriffs des Schuld beitritts erweisen."[1)]

Man wird sagen können, daß heute genau die umgekehrte Situation gegeben ist, wie sie Reichel und Westerkamp seinerzeit angetroffen haben. Schien damals - vor der genannten Auseinandersetzung - das Recht der Bürgschaft als der einigermaßen sichere Ausgangspunkt, um von dort aus zu dem vom Gesetz nicht geregelten Institut der Schuldmitübernahme zu gelangen, das noch weitgehend unerforscht war, und zeigte sich erst im Verlauf der Arbeit unter dem neuen Blickwinkel des Vergleichs mit der Schuldmitübernahme die unsichere Bestimmung des Ausgangspunktes, so darf heute von einem festen Begriff der Schuldmitübernahme ausgegangen werden, von dem aus vielleicht eine größere Klarheit über Rechtsnatur und Schuldinhalt der Bürgenverpflichtung erzielt werden kann.

Auch ohne daß man sich schon festlegen müßte, ob die Bürgschaft nun akzessorische Schuldmitübernahme oder aber Einständerschaft ist, lassen sich für beide Gestaltungen gültige Aussagen zum Verhältnis von Bürgschaft und Schuldmitübernahme machen:

Während Bürgschaft zu kennzeichnen ist als der Vertrag, durch den sich der Bürge gegenüber dem Gläubiger eines Dritten verpflichtet, für die Erfüllung der Verbindlichkeit des Dritten einzustehen (§ 765 BGB), ist die Schuldmitübernahme "der Vertrag, durch den sich der Beitretende dem Gläubiger eines Dritten gegenüber verpflichtet, die aus dem Schuldverhältnis des Dritten zu dem Gläubiger herrührende Verpflichtung - unbeschadet der Weiterhaftung des Dritten - als eigene Verbindlichkeit zu erfüllen".[2)] Mit anderen Worten ausgedrückt: "Schuldmitübernahme ist dasjenige Rechtsgeschäft eigener Art, vermöge dessen ein bisher Schuldfremder sich dem Gläubiger verpflichtet, für die Schuld des Urschuldners fortab gesamtschuldnerisch mitzuhaften".[3)]

---

1) Westerkamp S.16,17

2) Westerkamp S.36

3) Reichel, Schuldmitübernahme Vorwort IX, vgl. auch RGZ 51,120; 59,233; 62,176

Das Gemeinsame dieser beiden Rechtsinstitute faßt Westerkamp zutreffend wie folgt zusammen: "Die Verpflichtung aus dem neuen Vertrage dient zusammen mit der aus dem früheren Schuldverhältnis ein- und demselben Interesse des Gläubigers. Beiden Arten von Interzessionsverträgen ist gemeinschaftlich, daß sie nur neue Kräfte zur Befriedigung eines formell schon gedeckten Interesses des Gläubigers sind. Weil aber mit Abschluß eines jeden der beiden Verträge nun zwei Verpflichtungen einem Interesse des Gläubigers dienen, dessen Befriedigung der Gläubiger bisher nur von einem Verpflichteten verlangen konnte, deshalb vermag auch Bürgschaft und Schuldbeitritt demselben Zweck des Gläubigers zu dienen..., die Befriedigung des Gläubigers zu sichern, und ebenso können beide Verträge dem Kreditbedürfnis des Schuldners nutzbar gemacht werden."[1)]

Der entscheidende Unterschied nun besteht - wie schon erwähnt - darin, daß die Bürgschaft akzessorisch gestaltet ist, die Schuldmitübernahme aber vom Grundsatz der Correalität gekennzeichnet wird.[2)] Der Schuldübernehmer ist verpflichtet, die für ihn ursprünglich fremde Verbindlichkeit "als eigene" zu erfüllen. Beide Verbindlichkeiten erscheinen "als Hauptverbindlichkeiten derselben Kraftfülle"[3)]. Der Übernehmer verspricht von vornherein, selbst zu schulden, und das, was er schuldet, ist die Erfüllungshandlung der Hauptverbindlichkeit. Hat seine Schuld so ihren Schuldinhalt der Hauptverbindlichkeit entnommen, so entwickelt sie sich doch vom Zeitpunkt der Übernahme an wie jedes gewöhnliche Schuldverhältnis als eigene selbständig und unabhängig von der Hauptschuld nach den Regeln über das Gesamtschuldverhältnis weiter.[4)] Es ist also die Verbindlichkeit des Übernehmers allein, die dann bestimmt, was er zu leisten hat. Nur ihren Ausgangs- und Endpunkt hat sie mit der Hauptverbindlichkeit gemeinsam. Da die Verbindlichkeit des Hauptschuldners und die des Übernehmers dem gleichen Interesse dienen - der Befriedigung des Gläubigers wegen der betreffenden Forderung - so findet die Verbindlichkeit des einen der Schuldner durch die Erfüllungsleistung oder die an deren Stelle getretene Leistung des anderen an den Gläubiger ihr Ende. Dies hat aber mit Akzessorietät nichts zu tun, sondern

---

1) Westerkamp S.37
2) Vgl. Reichel, Schuldmitübernahme S.88,89 und Westerkamp S.191,285
3) Westerkamp S.40
4) Fischer in RGRK § 765 BGB Vorb. 21 S.914; Löscher in RGRK § 414 Vorb.12 S.1508; RGZ 64,318 ff. (320); RGZ 71,113 ff. (117); RGZ 134,126 ff. (128); RGZ 135,104 ff. (107)

folgt letztlich aus der Zweckerfüllung des Schuldverhältnisses. Demgegenüber ist für die Bürgenverpflichtung kennzeichnend, daß sie sich voll und ganz nach dem Bestand und dem jeweiligen Umfang der Hauptschuld richtet, von dieser abhängig ist[1]. Die Hauptverbindlichkeit ist im Verhältnis der beiden Verbindlichkeiten zueinander "das Selbständige und Maßgebliche"[2], das Bestimmende - die Bürgenverpflichtung folgt ihr mit nur wenigen Ausnahmen (§ 767 Abs.1 S.3 BGB) nach.

Ist hiermit bereits ein wesentlicher Unterschied zwischen Bürgschaft und Schuldmitübernahme dem Schuldinhalte nach aufgezeigt - soweit er sich auf das Verhältnis der beiden Verbindlichkeiten zueinander bezieht, wodurch insbesondere der Umfang der Verbindlichkeit bestimmt wird -, so besteht ein weiterer Unterschied hinsichtlich des Schuldgrundes[3]. Bei der Bürgschaft ist der Schuldgrund selbständig formuliert und ausgeformt worden. Wird also eine Bürgschaft für eine Hauptverbindlichkeit übernommen, die etwa Kauf oder Miete zum Gegenstande hat, so wird dieser Schuldgrund durch das Bürgschaftsversprechen nicht auf den Bürgen mit übertragen, auf ihn mit hinübergezogen. Das Bürgschaftsversprechen bleibt der alleinige Schuldgrund für seine Verpflichtung, was sich schon daraus ergibt, daß sich die Regelung der Bürgschaft in einem der "einzelnen Schuldverhältnisse" des BGB findet[4]. Im Gegensatz hierzu schafft die Schuldmitübernahme keinen neuen, selbständigen Schuldgrund. Der Übernehmer tritt in das bestehende Schuldverhältnis ein. Er schuldet so, als hätte er selbst den ursprünglichen Vertrag geschlossen. Hauptschuldner und Übernehmer schulden aus dem gleichen Rechtsverhältnis[5]. "Beim Schuldbeitritt ist die den Beitretenden verpflichtende causa obligationis wirklich nur die eine schon bestehende causa, die in dem fremden Rechtsverhältnis schon gebunden,

---

1) Vgl. zur Akzessorietät insbesondere Reichel, Schuldmitübernahme S.46,47 und 84 bis 86; Westerkamp S.77 ff. bis S.139

2) Westerkamp S.39

3) Vgl.hierzu Reichel, Schuldmitübernahme S.79 bis 81; Westerkamp S.221; Schulthess ZSchwR 44 NF S.77; RGZ 134,126 ff. (128)

4) So auch Westerkamp S.43 und Reichel, Schuldmitübernahme S.80, der von der Verschiedenheit des Schuldinhaltes auf die Verschiedenheit der causa schließt, da bei Identität der Ursache nur Identität der Wirkung die Folge sein könne. Das ist grundsätzlich richtig, setzt aber voraus, daß der Inhalt der Bürgenverpflichtung schon eindeutig bestimmt ist.

5) Reichel, Schuldmitübernahme S.60; Fischer in RGRK § 765 BGB Vorb.21 S.913,914

in ihm gleichsam absorbiert ist. Die bestehende causa des fremden Rechtsverhältnisses wird der Grund der Verpflichtung des Beigetretenen. Die bisher in fremden Rechtsbeziehungen gebundene causa kann nicht die eigene causa des Beigetretenen, und damit eine von ersterer verschiedene causa sein. Gerade hier kommt also auch äußerlich zur Erscheinung, daß es sich nur um ein- und dieselbe causa handelt".[1] Die Schuldmitübernahme schafft also nur einen neuen Schuldner, begründet nur eine neue Passivlegitimation.[2]

Nachdem solchermaßen Schuldmitübernahme und Bürgschaft in groben Zügen gegeneinander abgegrenzt worden sind, kann nunmehr zum eigentlichen Problem des Schuldinhaltes im engeren Sinne und der Rechtsnatur der Bürgenhaftung übergegangen werden. Die entscheidende Frage ist, welche Leistung der Bürge zu erbringen hat. Ist es die der Hauptschuld inhaltlich gleiche Leistung, oder aber eine von dieser verschiedene Leistung?

Gegen die Lehrmeinung, welche den Bürgen auf die inhaltlich gleiche Leistung wie die der Hauptschuld verpflichtet sein lassen, ist methodisch zunächst die gleiche Kritik angebracht, wie sie oben bereits der herrschenden Lehre zu § 128 HGB zuteil geworden ist. Auch sie legen Geldschulden als die Verbindlichkeiten des täglichen Lebens, für die am häufigsten Bürgschaften übernommen werden, ihrer Bestimmung von Rechtsnatur und Schuldinhalt der Bürgenhaftung zugrunde. Eine Geldschuld aber - als aus sich heraus rechtlich weitgehend indifferente Schuld, die so viele Möglichkeiten für die Bestimmung ihrer Rechtsnatur offen läßt - ist nicht geeignet, als Ausgangsbasis für die Bestimmung von Rechtsnatur und Schuldinhalt der Bürgenhaftung allgemein zu dienen. Sicher liegt es nahe, bei einer vorausklaglosen Bürgschaft für eine Geldschuld anzunehmen, daß bei ihr die Erfüllungshandlung der Hauptverbindlichkeit geschuldet werde. Ebenso nahe liegt es, dieses Ergebnis auf die Bürgschaften übertragen zu wollen, die eine Nichtgeldschuld zu sichern bestimmt sind, und jene Verbürgungen als Ausnahmen von dieser Regel zu kennzeichnen, bei denen es einfach nicht mehr zu vertreten ist, den Bürgen das inhaltlich Gleiche wie den Hauptschuldner schulden zu lassen, weil sonst vom Bürgen Unmögli-

---

1) Westerkamp S.43, vgl. auch S.221

2) Reichel, Schuldmitübernahme S.87; Westerkamp S.44. Wenn das ROHG in ROHGE 8 Nr. 27 S.118 für die Nachschuldübernahme ausspricht, daß nur ein neuer Schuldner, nicht aber ein neues Schuldverhältnis geschaffen werde, so kann das für die Mitschuldübernahme in gleicher Weise Gültigkeit beanspruchen

ches verlangt würde. Dennoch ist daran festzuhalten, daß Rechtsnatur und Schuldinhalt der Bürgenhaftung - hält man es für richtig, daß eine Bürgschaft für Schulden jeder Art und jeden Inhaltes übernommen werden können - nur von den differenzierteren Gestaltungen her zu bestimmen, und der Gestaltung der Vorzug zu geben ist, die interessegerecht und einheitlich zugleich ist.[1)]

Es empfiehlt sich aber, im folgenden die Bedenken gegenüber dieser Methode hintanzustellen, und sich dem Ergebnis jener Lehrmeinungen zuzuwenden, die den Bürgen grundsätzlich für verpflichtet halten, die der Hauptschuld entsprechende Erfüllungshandlung zu erbringen.

Da es sich trotz des so gekennzeichneten Schuldinhaltes nicht um eine an sich zunächst nahe liegende gesamtschuldnerische Schuldmitübernahme handeln kann, wie bereits ausgeführt wurde, müßten diese Lehrmeinungen also mit Notwendigkeit von einer akzessorischen Schuldmitübernahme ausgehen.[2)] Bürge und Hauptschuldner schulden zwar "eine Leistung in der Weise, daß jeder die ganze Leistung zu bewirken verpflichtet, der Gläubiger aber die Leistung nur einmal zu fordern berechtigt ist", womit sie nach der Legaldefinition des § 421 BGB an sich als "Gesamtschuldner" anzusehen wären. Da Bürge und Hauptschuldner aber nicht selbständig nebeneinander stehen, sondern die Schuld des Bürgen der des Hauptschuldners akzessorisch zugeordnet ist, so daß die §§ 422 ff. BGB keine Anwendung finden können, kann es sich allenfalls um eine akzessorische Schuldmitübernahme[3)] handeln. Wir halten diese Bezeich-

---

1) In gleichem Sinne äußert sich Reichel, Schuldmitübernahme S. 75. Für die Notwendigkeit einheitlicher Bestimmung auch Westerkamp S. 155, ohne allerdings selbst diese Einheitlichkeit zu erreichen

2) Wenn Löscher in RGRK § 414 BGB Vorb. 12 S. 1508 meint, dem Schuldbeitritt sei wesentlich, daß ein Gesamtschuldverhältnis entstehe, so ist damit noch nichts gegen die Möglichkeit einer akzessorischen Schuldmitübernahme gesagt, sondern lediglich, daß von "Schuldbeitritt" - ohne weiteren Zusatz - nur gesprochen werden könne, sofern eben ein Gesamtschuldverhältnis gewollt sei

3) Dieser Begriff wird verschiedentlich auch ausdrücklich verwendet. So unterscheidet Binder, Korrealobligationen S. 135 eine "akzessorische" und eine "paritätische" Solidarität, wobei die Bürgschaft unter die erstgenannte zu subsumieren sei. Birkenbihl, Recht 03, 286 bezeichnet eine Schuldmitübernahme, bei welcher der hinzutretende Schuldner auch die vom früheren Schuldner erworbenen Einreden geltend machen können soll, als akzesso-

nung für treffender und präziser, als wenn man die so gestaltete Bürgschaft als "unechtes" oder "ungleichartiges Gesamtschuldverhältnis" kennzeichnen wollte. Über diesen Begriff herrscht keine Einigkeit. Seine Daseinsberechtigung wird - mit Recht - von einer Reihe von Autoren in Zweifel gezogen.[1] Die allen hierzu vertretenen Meinungen gemeinsame Grundfrage ist die, ob es für die Annahme eines Gesamtschuldverhältnisses genüge, wenn die Anforderungen der Legaldefinition des § 421 BGB erfüllt sind, oder aber, ob es darüber hinaus noch einer weiteren Voraussetzung bedarf.

Ein Teil der älteren Lehre sieht das Erfordernis einer weiteren Voraussetzung nicht als gegeben an, und ist der Auffassung, alle Vorschriften der §§ 422 ff. BGB seien auch auf die Fälle anzuwenden, die als "ungleichartige" Gesamtschuldverhältnisse bezeichnet würden.[2][3] Ein andrer Teil der älteren Lehre meint, von einer Gesamtschuld nur dann sprechen zu können, wenn die Gleichgründig-

---

rische Schuldübernahme, wobei zwischen ihr und der selbstschuldnerischen Bürgschaft ein wesentlicher Unterschied nicht mehr bestehe. Die akzessorische Schuldübernahme habe daher "Bürgschaftscharakter". Ebenso wohl auch Salinger in ABR 28, 91 der Sache nach. Gegen den Begriff einer akzessorischen Schuldübernahme wendet sich vor allem Reichel S. 41, 42. Nicht richtig ist es, wenn Westerkamp S. 17 zur Terminologie bemerkt: "was hier Schuldbeitritt genannt wird, ist nichts anderes, als was bisher kumulative, accessorische und neuerdings...bestärkende Schuldübernahme genannt wird". Hier werden Tatbestände als gleichartig zusammengefaßt, die ungleichartig und daher voneinander zu unterscheiden sind. Auch Westerkamp versteht unter Schuldbeitritt nur die gesamtschuldnerische Schuldmitübernahme

1) Binder, Korrealobligationen S. 563; Esser, Schuldrecht § 97 Anm. 4 S. 447; Heck, Schuldrecht § 76 Anm. 3 S. 234; Larenz, Schuldrecht I § 33 III S. 377 bis 380; Leonhard, Schuldrecht, Allg. Teil S. 732

2) Kress, Schuldrecht Allg. Teil S. 609; Leonhard, Schuldrecht Allg. Teil S. 736, 737; Schmidt, Ih. Jb. 72, 103 (es gebe allerdings einige Fälle, bei denen § 424 BGB nicht anwendbar sei); wohl auch Reichel, Schuldmitübernahme S. 51 bis 57, der dann aber doch gewisse Unterschiede anerkennt, S. 58 ff., indem er von der Dispositionsbefugnis der §§ 422 ff. BGB weitherzig Gebrauch macht und eine entsprechende Auslegung empfiehlt

3) Vgl. die Aufführung von Anwendungsfällen ungleichartiger Gesamtschuld bei Klingmüller, Ih. Jb. 64, S. 38 ff.

keit der auf das gleiche Ziel gerichteten Verbindlichkeiten gegeben sei, so daß bei Ungleichgründigkeit allenfalls von einer "unechten", "ungleichartigen" Gesamtschuld gesprochen werden könne.[1] Es darf aber inzwischen als ganz herrschende Lehre gelten, daß dieses Merkmal allein noch nicht die Einführung des Begriffs einer derartigen Gesamtschuld rechtfertigt.[2] Für diese, wie für die erstgenannte Auffassung der älteren Theorie gilt, daß der Begriff der unechten oder ungleichartigen Gesamtschuld schon deshalb entbehrlich ist, weil keine anderen Rechtsfolgen hieran geknüpft werden sollen, als an die "echte" Gesamtschuld. Man mag die Tatsache hervorheben, daß auch die ungleichgründigen Schuldverhältnisse, die der Legaldefinition des § 421 BGB entsprechen, Gesamtschulden sind. Die Bildung einer eigenen Gruppe von Gesamtschuldverhältnissen aber, die als "unechte" bezeichnet werden, ist nicht nur überflüssig, sondern auch gefährlich insofern, als hierdurch der Anschein erweckt wird, als seien die so bezeichneten Gesamtschuldverhältnisse anders zu behandeln als die sogenannten "echten".

Eine andere zusätzliche Voraussetzung hält vor allem die Rechtsprechung für erforderlich. In Anlehnung an Enneccerus-Lehmann[3] sieht sie das wesentliche weitere Merkmal für die Annahme eines - echten - Gesamtschuldverhältnisses darin, daß zwischen den Verpflichtungen der mehreren Schuldner ein innerer Zusammenhang bestehe, der als rechtliche Zweckgemeinschaft zu kennzeichnen sei. Wo diese fehle, sei nur ein unechtes oder ungleichartiges Gesamtschuldverhältnis gegeben, auf das die §§ 422 ff. BGB nicht angewendet werden könnten, obwohl § 421 BGB dem Wortlaute nach zutreffe.[4] Hiergegen wird

---

1) Binder, Korrealobligationen S.563 ff.; Eisele AcP 77,458; auch Reichel unterscheidet zwischen homogener - gleichgründiger und heterogener - ungleichgründiger Gesamtschuld. Vgl. auch Anm. 2 der Seite 105

2) Heck, Schuldrecht § 79 Anm. 3 S.239; Klingmüller Ih.Jb. 64,70,72; Kress, Schuldrecht Allg. Teil § 24 Anm. 4 S.609; Larenz, Schuldrecht I § 33 III S.377; Leonhard, Schuldrecht Allg. Teil S.735; Planck-Siber § 421 BGB Anm. 1b S.622; Fischer in RGRK § 421 BGB Anm. 5 S.1556; Schmidt Ih.Jb. 72,102; auch Reichel, Schuldmitübernahme S.51, vgl. aber vorige Anmerkung

3) Enneccerus-Lehmann § 90 II 2 S.361 und die Vorauflagen

4) RGZ 77,323; 79,290; 82,430 und 439; 92,408; 159,89; BGHZ 13,365 und BGHZ in LM Nr. 8 und 9 zu § 426 BGB; gleicher Ansicht auch Planck-Siber § 241 BGB Anm. 1b S.622; wohl auch Fischer in RGRK § 421 BGB Anm. 7,8 S.1557,1558; während die Zweckgemeinschaft in der Regel

mit Recht eingewandt, daß eine scharfe Abgrenzung nach diesen Kriterien nicht möglich sei, was insbesondere dann deutlich werde, wenn sich die Haftungsgründe aus Vertrag einerseits, aus Unerlaubter Handlung andrerseits ergäben (Verwahrer - Dieb, Versicherung - Brandstifter). Auch hier kann durchaus von einer Zweckgemeinschaft gesprochen werden, ohne daß aber auch auf diese Fälle die Vorschriften der Gesamtschuld anzuwenden wären. Damit erweist sich auch der Begriff der Zweckgemeinschaft als Kriterium einer Unterscheidung zwischen echten und unechten Gesamtschulden als unzulänglich.[1)]

Noch anders wird der Begriff gefaßt von jenen, die alle Fälle hierunter begreifen wollen, in denen zwar der Leistungszweck zweier Verbindlichkeiten der gleiche ist, in denen aber der eine der Schuldner "als der letztlich Verpflichtete" erscheint, "weil nach dem Willen der Rechtsordnung die Leistung des einen (und demgemäß z.B. auch der Annahmeverzug des Gläubigers einem gegenüber) dem anderen nicht zugute kommen soll",[2)] wie das etwa zwischen einem Brandstifter und der Versicherungsgesellschaft der Fall sei. Ähnlich bestimmt auch Esser, der mit Larenz dem Begriff der ungleichartigen oder unechten Gesamtschuld erhebliche Skepsis entgegenbringt und meint, man könne allenfalls von einer "scheinbaren" Gesamtschuld sprechen, den Anwendungsbereich dieser scheinbaren Gesamtschuld. Hierunter seien alle die Fälle zu verstehen, in denen die mehreren Schuldner zwar dem Zugriff des Gläubigers jeder aufs Ganze unterlägen, untereinander aber "nicht gleichwertig leistungspflichtig"[3)] seien. Hierzu sei auch die Bürgschaft zu zählen.

Je mehr Fälle diesem Begriff zugeordnet werden, je vielgestaltiger sie sind, desto verschwommener wird der Begriffsinhalt, desto weniger praktischen Sinn erhält diese Begriffsbildung. Was die unter dem Begriff des ungleichartigen

---

objektiv verstanden wird, hält Klingmüller Ih.Jb. 64,64 ff., 66,74 eine subjektive Zweckgemeinschaft für erforderlich, was allerdings nur für die gewillkürten Gesamtschulden gelte. Bei gesetzlichen Gesamtschuldverhältnissen würden die Schuldner dagegen zu dieser Zweckgemeinschaft zwangsweise vereinigt.

1) Esser, Schuldrecht § 97 Anm. 4a S.447; Heck, Schuldrecht § 79 Anm.4 S.240; Larenz, Schuldrecht I § 33 III S.379; Fischer in RGRK § 421 BGB Anm. 7,8 S.1557,1558

2) Larenz, Schuldrecht I § 33 III S.380 und in Vertrag und Unrecht I S.200, 201; ähnlich Heck, Schuldrecht § 79 S.238 ff.

3) Esser, Schuldrecht § 97 Anm. 4 S.447

oder unechten Gesamtschuldverhältnisses zusammengefaßten Fälle vereint, ist vor allem ein Negativum: nämlich die Tatsache, daß die Vorschriften der §§ 422 ff. BGB nicht generell Anwendung finden können. Welche dieser Bestimmungen aber entsprechend angewandt werden können, welche auf jeden Fall auszuschließen sind, wird verschieden beurteilt. Die Bildung einer besonderen Gruppe unechter, ungleichartiger oder scheinbarer Gesamtschulden hätte unseres Erachtens nur dann Sinn, wenn Übereinstimmung über die allen Anwendungsfällen gemeinsamen Rechtsfolgen erzielt werden könnte. Ohne auf diese Frage weiter eingehen zu wolle, darf doch wohl gesagt werden, daß mit der Kennzeichnung der Bürgschaft als eines derartigen Gesamtschuldverhältnisses nicht viel gewonnen ist, zumal die Bürgschaft eine so eingehende Regelung im Gesetz gefunden hat, und daß die Kennzeichnung des Wesens der Bürgschaft als einer "akzessorischen Schuldmitübernahme" bessere Dienste zu leisten vermag, da hieraus ganz klar hervorgeht, worin die Besonderheit gerade dieses Schuldverhältnisses besteht: der Bürge schuldet das inhaltlich Gleiche wie der Hauptschuldner, da er die Schuld mitübernommen hat; im Gegensatz zur gesamtschuldnerischen Schuldmitübernahme entwickeln sich die beiden Verbindlichkeiten nicht selbständig weiter, sondern die Bürgenschuld folgt der Hauptschuld akzessorisch nach.

Den eine akzessorische Schuldmitübernahme für die Gestaltung der Bürgschaft annehmenden Lehrmeinungen liegt der Gedanke zugrunde, der Bürge solle zwar in erster Linie nur im Hintergrund, als Sicherung, bereitstehen - auch wenn es sich um eine vorausklaglose Bürgschaft handle; wenn sich aber der Gläubiger an den Bürgen halte, so solle er nach Möglichkeit das inhaltlich Gleiche erhalten, wie er vom Hauptschuldner auf Grund seiner Forderung gegen diesen bei ordnungsmäßiger Erfüllung erhalten würde. Der möglichst vollkommene Befriedigungseffekt, die möglichst vollkommene Gläubigersicherung, soll also Ziel der Bürgschaft sein. Eine Einschränkung erfährt dieser Grundsatz nur in besonderen Fällen, die im einzelnen näher und zum Teil unterschiedlich bestimmt werden. Soll die Bürgschaft wirklich eine akzessorische Schuldmitübernahme sein, so muß diese Annahme den gegen sie erhobenen und zu erhebenden Einwänden standhalten können.

Das Argument, das Westerkamp[1] gegen die Auffassung richtet, der Bürge schulde grundsätzlich das inhaltlich Gleiche wie der Hauptschuldner, dies könne deshalb nicht zutreffen, weil man dann gezwungen sei, ein Gesamt-

---

1) Westerkamp S. 154

schuldverhältnis anzunehmen, wovon angesichts der §§ 767, 769, 774 Abs. 2 BGB, 193 KO, 33 VerglO und 356 HGB nicht die Rede sein könne, ist nicht schlüssig, da es die Möglichkeit einer akzessorischen Schuldmitübernahme übersieht. Das ist gerade bei Westerkamp umso erstaunlicher, als er selbst für eine Anzahl von Verbindlichkeiten, auch für solche, die nicht auf Geldleistung gerichtet sind, die inhaltlich gleiche Leistung wie die des Hauptschuldners als auch vom Bürgen geschuldet annimmt, also doch wohl der Sache nach eine akzessorische Schuldmitübernahme für einen Teil der Fälle selbst bejaht. Sowohl § 33 VerglO, als auch § 356 HGB stehen ihrem Wortlaute nach der Annahme einer akzessorischen Schuldmitübernahme nicht entgegen, wenn sie von "Gesamtschuldnern und Bürgen" ausgehen. Hält man sich ganz streng an den Wortlaut, so könnte allerdings dem § 193 KO entnommen werden, daß Bürgschaft nicht akzessorische Schuldmitübernahme sein könne, weil dort nur von "Mitschuldnern und Bürgen" die Rede sei. Da aber auch der Hinzutretende bei einer akzessorischen Schuldmitübernahme - ebenso wie der Gesamtschuldner - Mitschuldner sei, so habe die Unterscheidung in "Mitschuldner und Bürgen" nur dann Sinn, wenn der Bürge nicht das inhaltlich Gleiche wie der Hauptschuldner zu leisten habe. Solchen bloßen Wortlautinterpretationen ist aber mit Vorsicht zu begegnen. Gerade hier liegt es doch besonders nahe, anzunehmen, der Ausdruck "Mitschuldner" stehe für "Gesamtschuldner", so daß dem gegenüber § 33 VerglO und § 356 HGB verschiedenen Wortlaut keine weitere Bedeutung beizumessen sei. Ein Grund für eine unterschiedliche Wortbedeutung ist angesichts der von der Sache her ähnlichen Regelung, insbesondere der Konkurs- und der Vergleichsordnung, auch nicht zu sehen.

Ein immerhin recht bedeutsames Indiz dafür, daß der Bürge nicht das inhaltlich Gleiche wie der Hauptschuldner schulde, sondern etwas hiervon Verschiedenes, läßt sich aber aus der Ungleichgründigkeit der Bürgen- und der Hauptverpflichtung entnehmen. Gerade wenn man bedenkt, daß der Übernehmer bei der gesamtschuldnerischen Schuldmitübernahme im Gegensatz zum Bürgen nicht ein neues Schuldverhältnis begründet, sondern in ein bestehendes Schuldverhältnis eintritt, hat der Schluß von dem verschiedenen Schuldgrund auf einen verschiedenen Schuldinhalt sehr viel für sich.[1] Ist aber der Schluß für die gesamtschuldnerische Schuldmitübernahme zwingend, daß der Übernehmer - zum mindesten ursprünglich - die inhaltlich gleiche Leistung wie der Hauptschuldner zu erbringen hat, eben weil der Schuldgrund einheitlich ist, so ist der Schluß von

---

1) Schulthess ZSchwR 44 NF S. 69; Westerkamp S. 42

der Ungleichgründigkeit bei der Bürgschaft auf eine von der Hauptschuld inhaltlich verschiedene Leistungsverpflichtung zwar einleuchtend, aber nicht in gleicher Weise zwingend. Gründe formaler Logik stehen einer anderen Deutung nicht im Wege.

Größere Bedeutung kommt dem Argument Westerkamps[1] zu, die Auffassung, der Bürge schulde die Erfüllungshandlung der Hauptverbindlichkeit, könne schon deshalb nicht zutreffend sein, weil eine solche Bestimmung des Schuldinhaltes der Bürgenverpflichtung für einige Fälle geradezu unrichtig wäre. Es sei allgemein anerkannt, daß Bürgschaft auch für eine Hauptschuld möglich sei, die nach Ansicht der Parteien oder schon nach der Art des Obligationsgegenstandes von niemandem sonst als dem Hauptschuldner erfüllt werden könne. Die höchstpersönliche Leistung eines bestimmten Schuldners selbst zu erbringen, sei für jeden anderen eine objektive Unmöglichkeit. Ein auf eine unmögliche Leistung gerichteter Vertrag sei aber nach § 306 BGB nichtig.[2] Dieser Argumentation ist voll und ganz zuzustimmen. Zweifel könnten daran bestehen, ob § 306 BGB auf diese Fälle überhaupt anwendbar ist. Nach ganz herrschender Auffassung ist für die Anwendbarkeit des § 306 BGB nur die sachliche Unmöglichkeit maßgeblich, dagegen genüge das persönliche Unvermögen nicht. Im zuletzt genannten Fall sei der Vertrag gültig; der Schuldner habe hier dann aber das Erfüllungsinteresse, also Schadensersatz, zu leisten.[3] Nun könnte man ja folgendermaßen argumentieren: verpflichte sich jemand dazu, die höchstpersönliche Leistung eines anderen zu erbringen, so handle es sich lediglich um ein persönliches Unvermögen, so daß § 306 BGB keine Anwendung finden könne. Denn demjenigen, der sich zur Erbringung einer hinsichtlich seiner Person höchstpersönlichen Leistung verpflichtet habe, sei die Erfüllung doch möglich. Wenn es aber demnach jemanden gäbe, und sei es auch nur einen einzigen wie hier, der die versprochene Leistung erbringen, die eingegangene Verpflichtung erfüllen könne, so sei die Leistung auch objektiv möglich. Dieser Argumentation kann nicht gefolgt werden. Es darf nicht nur gefragt werden, ob es irgendeinen Menschen gebe, der eine bestimmte höchstpersönliche Leistung erbringen könne, sondern die Frage muß abstrakt gestellt werden, und zwar dahin: kann sich jemand verpflichten, die höchstpersönliche Leistung eines anderen zu erbringen? So gesehen, gibt es nur eine Antwort: Diese Leistung ist nicht objektiv möglich - es gibt nicht einen einzigen Men-

---

1) Westerkamp S.151

2) Reichel, Schuldmitübernahme S.75; Westerkamp S.154

3) Vgl. statt aller: Wilde in RGRK § 306 BGB Anm. 4 S.1122; RGZ 81,61

schen, der eine derartige Verpflichtung erfüllen könnte. Reichel[1] hält die Schuldmitübernahme einer höchstpersönlichen Leistung für möglich. Ebenso wie auch eine nicht unter § 267 Abs.1 BGB fallende Schuld von einem Dritten erfüllt werden könne, sofern der Gläubiger nur damit einverstanden sei, so müsse dem Gläubiger unbenommen bleiben, "auch für ein von Hause aus streng persönliches Tun einen Schuldübernehmer sich zu verpflichten". Dem kann schon aus dem Grunde nicht zugestimmt werden, weil das von Reichel gegebene Beispiel dem bei der Schuldmitübernahme vorliegenden Sachverhalt nicht vergleichbar ist. Während der Übernehmer bei der Schuldmitübernahme aus dem gleichen Schuldgrund verpflichtet wird, wie der Hauptschuldner, infolgedessen auch - zum mindesten im Zeitpunkt des Abschlusses der Schuldmitübernahme - die mit der Hauptschuld identische Leistung zu erbringen, also zu erfüllen hat, handelt es sich bei dem von Reichel angeführten Beispiel nicht um einen Fall der Erfüllung (§ 362 BGB), sondern um einen Fall der Annahme einer Leistung an Erfüllungs statt (§ 364 Abs.1 BGB). Kann die Verpflichtung dem Obligationsgegenstande nach nur von einer bestimmten Person erfüllt werden, so übernimmt sie der Dritte auch nicht auf Grund des vom Gläubiger gegebenen Einverständnisses als Schuldmitübernehmer, da dieser hierüber zu verfügen nicht imstande ist. Vielmehr übernimmt der Dritte hier eine eigene, in der Regel ebenfalls höchstpersönliche Leistungsverpflichtung, wobei sich der Gläubiger bereit erklärt, die beiden voneinander zu unterscheidenden höchstpersönlichen Leistungen als gleichwertig in dem Sinne zu behandeln, daß mit der Erfüllung der einen Verpflichtung auch die andere als getilgt angesehen werden soll. Eine gesamtschuldnerische Schuldmitübernahme, ebenso eine akzessorisch gestaltete, kann mangels Identität der Verbindlichkeiten zu irgendeinem Zeitpunkte hier niemals zustande kommen. Beruht die Höchstpersönlichkeit der Leistungsverpflichtung nur auf Parteivereinbarung, so bleibt es den Parteien unbenommen, die Schuld ihres höchstpersönlichen Charakters zu entkleiden und sie zur vertretbaren zu machen. Dann ist eine Schuldmitübernahme möglich, aber auch nur deshalb, weil es sich nicht mehr um eine höchstpersönliche Verbindlichkeit handelt. Nach alledem wird man sagen müssen, daß sich der Bürge, folgt man streng dem Grundsatz der herrschenden Lehre und der ihr insoweit nahe stehenden Autoren, sich nicht wirksam verpflichtet haben kann, wenn er eine Bürgschaft für die höchstpersönliche Leistung eines anderen übernommen hat. Nach § 306 BGB ist ein solcher Vertrag nichtig. Es entsteht also gar keine Verpflichtung, auch nicht eine Verpflichtung, Schadensersatz zu leisten, wie

---

1) Reichel, Schuldmitübernahme S.331

die herrschende Lehre und die ihr nahe stehenden Autoren annehmen, da weder § 307 BGB, noch § 308 BGB hier Anwendung finden können. Eine wirksame Verpflichtung könnte hier nur dann entstehen, wenn man annehmen wollte, daß sich der Bürge bei auf höchstpersönliche Leistungen gerichteten Hauptschulden nicht für diese selbst, sondern für die bei Nichterfüllung entstehende Schadensersatzschuld verbürgte. Damit müßte man aber anerkennen, daß eine Bürgschaft für die höchstpersönliche Leistung selbst nicht möglich ist, sofern man den Grundsatz der herrschenden Lehre für zutreffend hält.

Aber auch wenn man der Auffassung ist, es handle sich hier nicht um eine nach § 306 BGB nichtige Bürgschaft, da lediglich persönliches Unvermögen vorliege, so muß sich die genannte Lehrmeinung doch den Vorwurf gefallen lassen, daß sie eine einheitliche Bestimmung von Schuldinhalt und Rechtsnatur der Bürgenverpflichtung nicht erreicht. Da aber von deren Vertretern hiergegen eingewandt werden könnte, daß Unvermögen zur Leistung berücksichtigten sie gerade dadurch, daß sie bei Bürgschaften für höchstpersönliche Leistungen eine Ausnahme von ihrer Regel zuließen, und Einheitlichkeit der Bestimmung von Rechtsnatur und Schuldinhalt der Bürgenverpflichtung sei keine zwingende Forderung, soll noch auf andere Weise der Versuch unternommen werden, darzutun, warum der Bürge nicht verpflichtet sein kann, die Erfüllungshandlung der Hauptverbindlichkeit zu erbringen, warum Bürgschaft nicht akzessorische Schuldmitübernahme ist.

Maßgebend für die Bestimmung des Schuldinhaltes und damit auch der Rechtsnatur der Bürgenverpflichtung ist nach unserer Auffassung die Interessenlage, wie wir sie bei der Bürgschaft einerseits, bei der Schuldmitübernahme andrerseits vorfinden. Die Frage hiernach wird vor allem dann bedeutsam, wenn im einzelnen Falle unklar bleibt, welches der beiden Rechtsinstitute als von den Parteien vereinbart zu gelten hat.

Es soll nun im folgenden so vorgegangen werden, daß zunächst der Versuch unternommen wird, eine Antwort aus der herkömmlichen Verwendungsweise von gesamtschuldnerischer Schuldmitübernahme und Bürgschaft zu finden, indem gefragt wird, welcher Schluß aus den Unterscheidungskriterien der ganz herrschenden Lehre, zu der sich alle Vertreter welcher Rechtsnatur und welchen Schuldinhaltes auch immer vereinen, gezogen werden kann. Sodann soll versucht werden, zu ermitteln, welche Interessenkombination so wesentlich sein mag, daß sie zu dem Rechtsinstitut der Bürgschaft geführt hat, wobei die Gegenüberstellung mit der gesamtschuldnerischen Schuldmitübernahme wertvolle Dienste leisten wird. Damit erhalten dann auch der so gefundene Schuldinhalt

und die daraus sich ergebende Rechtnatur der Bürgenverpflichtung ihre letzte Rechtfertigung.

Wie also entscheidet sich die herrschende Lehre, wenn es zu ermitteln gilt, ob gesamtschuldnerische Schuldmitübernahme oder Bürgschaft von den Parteien gewollt war? Läßt sich den Abmachungen entnehmen, daß der Interzessionsvertrag akzessorisch gestaltet sein, oder aber, daß er den Regeln über die Gesamtschuld folgen sollte, so bereitet die Subsumtion keine Schwierigkeiten. Im ersten Falle liegt dann eine Bürgschaft vor, im zweiten eine gesamtschuldnerische Schuldmitübernahme.[1] Wohl aber ist die Einordnung dann problematisch, wenn, wie dies in den strittigen Grenzfällen in der Regel der Fall ist, nicht mehr als eine farblose Verpflichtungserklärung vorliegt. In sehr vielen Fällen wird über den eigentlichen Schuldinhalt, insbesondere auch über die Frage, ob das Verhältnis der neuen Verpflichtung zur ursprünglichen Schuld akzessorisch oder gesamtschuldnerisch gestaltet sein soll, nichts ausgesagt sein. In diesen Fällen soll die Entscheidung nach herrschender Lehre danach fallen, ob der Hinzutretende ein eigenes materielles Interesse an der Erfüllung der ursprünglichen Schuld hat oder nicht.[2] Hat er ein eigenes materielles Interesse hieran, so liegt es nahe, anzunehmen, daß der Hinzutretende selbst Schuldner der Verbindlichkeit werden will. Seiner Verbindlichkeit soll die gleiche Kraftfülle wie der ursprünglichen Verbindlichkeit zukommen. "Das eigene sachliche Interesse muß mit anderen Worten dergestalt sein, daß er (der Übernehmer) den Vertrag selbst abgeschlossen habe würde, wenn eine Verpflichtung zu dieser Leistung nicht oder nicht mehr bestehen sollte".[3] Die Schuldmitübernah-

---

1) Bauer-Mengelberg S.33; Reichel, Schuldmitübernahme S.42; Godin in RGRK § 349 HGB Anm.50 S.203; Westerkamp S.139 meint, die Abänderung des akzessorischen Charakters durch Parteivereinbarung nehme dem Rechtsgeschäft den Charakter des Bürgschaftsvertrages

2) Erman-Wagner § 765 BGB Vorb. 3b S.1379; Esser, Schuldrecht § 160 Anm. 5 S.670; Planck-Oegg II § 765 BGB Vorb. 7 S.1401; Reichel, Schuldmitübernahme S.259 ff., 265 ff. (276); Fischer in RGRK § 765 BGB Vorb.21 S.914; Reimer- Schmidt in Soergel-Siebert § 414 Vorb. 13 S.1226; Erdsiek -Mühl in Soergel-Siebert § 765 BGB Vorb. 9 S.852,853; Schlegelberger -Hefermehl § 349 HGB Anm. 9 S.1364; Staub-Gadow § 349 HGB Anm.54 S.128; RGZ 71,113 ff. (117,118); RGZ 64,318 ff. (320); RGZ in JW 08,31 Nr.6; 137 Nr. 5; 676 Nr. 7; in JW 11,581 Nr. 22; in JW 30,3478 Nr. 6; in SA 85,330 Nr. 175;

3) Fischer in RGRK § 765 BGB Vorb. 21 S.914

me ist hier das interessengerechte Mittel. Hat der Hinzutretende aber kein eigenes materielles Interesse an der Erfüllung der Hauptschuld, so kommt es ihm auch nicht darauf an, sich in der Weise zu engagieren, daß er selbst Schuldner der betreffenden Verbindlichkeit wird.[1] Die Interzession dient hier meist altruistischen Zwecken, wobei der Hinzutretende entweder den Vorteil des Schuldners oder des Gläubigers beabsichtigen kann, oder sie ist Bestandteil eines Austauschvertrages. Nicht aber wird dieser Interzessionsvertrag gerade um der Hauptschuld willen eingegangen. In diesen Fällen entscheidet sich die herrschende Lehre für Bürgschaft. Hierbei wird besonders die Tatsache berücksichtigt, daß der Bürge auch bei der selbstschuldnerischen Bürgschaft im allgemeinen davon ausgeht, der Gläubiger werde sich zunächst an den Hauptschuldner halten, er werde nur "im Ernstfall" leisten müssen. Die Bürgschaft kommt also dem geringeren Eigeninteresse im Gegensatz zur Schuldmitübernahme sehr entgegen. Im Zweifel, wenn also die Intensität des Interesses des Hinzutretenden nicht mit Sicherheit festgestellt werden kann, entscheidet sich die herrschende Lehre für das Vorliegen einer Bürgschaft.[2] Es soll stets "deutlicher Anzeichen" bedürfen, wenn eine gesamtschuldnerische Schuldmitübernahme anerkannt werden soll, "etwa weil ihm (dem Hinzutretenden) die Vorteile aus dem Vertragsverhältnis, auf dem diese Verbindlichkeit beruht, ganz oder zum Teil wirtschaftlich zugute kommen, oder weil er sich das sachliche Interesse des Erstschuldners selbst zu eigen macht".[3]

---

1) Sicher hat der Hinzutretende auch bei der Bürgschaft ein eigenes Interesse. Sonst hätte er sie ja nicht abgeschlossen. Es ist aber kein unmittelbares Interesse. "Es ist ein Interesse an einem fremden Geschäft, aber kein "Eigengeschäftsinteresse". So Reichel, Schuldmitübernahme S.260

2) Reichel, Schuldmitübernahme S.233,234; Fischer in RGRK § 765 BGB Vorb. 21 S.914; Löscher in RGRK § 414 Vorb. 18 S.1511; Godin in RGRK § 349 HGB Anm. 50 S.203; Erdsiek-Mühl in Soergel-Siebert § 765 BGB Vorb. 9 S.853; Reimer-Schmidt in Soergel-Siebert § 414 BGB Vorb. 13 S.1226; Schlegelberger-Hefermehl § 349 HGB Anm. 9 S.1364; Staub-Gadow § 349 HGB Anm. 54 S.128; RGZ 59,233; 64,318; 71,113 ff. (118); 78,40; 90,417; RG in SA 85 S.330 Nr.175; RG HRR 33 Nr.1003; BGHZ 6,397; a.A., im Zweifel für gesamtschuldnerische Schuldmitübernahme: Enneccerus-Lehmann § 84 FN 10 S.337; Westerkamp S.294,299, 301

3) So Fischer in RGRK § 765 BGB Vorb. 21 S.914, ebenso: Godin in RGRK § 349 HGB Anm. 50 S.203; Löscher in RGRK § 414 BGB Vorb.18 S.1511;

Von Bedeutung ist nun aber noch, aus welchem Grunde die herrschende Lehre eine gesamtschuldnerische Schuldmitübernahme als gegeben ansieht, wenn der Hinzutretende ein eigenes materielles Interesse an der Erfüllung der Hauptschuld hat. Rechtsprechung und Lehre scheinen sich hier nicht so sehr davon leiten zu lassen, was der Hinzutretende dem Gegenstande nach zu leisten, ob er also die Erfüllungshandlung der Hauptverbindlichkeit oder eine hiervon unterschiedene Leistung zu erbringen hat, als vielmehr davon, in was für ein Verhältnis die beiden Verbindlichkeiten zueinander treten sollen, wie sich das Innenverhältnis zwischen den beiden Verpflichtungen gestaltet. Das spricht das Reichsgericht ganz deutlich aus: "Eine selbständige und von der Bürgschaft verschiedene Verpflichtung kann in einem solchen Eintritte...nur gefunden werden, wenn besondere Umstände vorliegen, die den Willen auf Begründung einer neben der des Hauptschuldners selbständig bestehenden, von dieser unabhängigen Verbindlichkeit deutlich ergeben".[1] Es fragt sich aber, ob nicht doch diesem Unterscheidungskriterium der materiellen Interessiertheit noch eine weitere, für die Klärung unserer Frage erhebliche Bedeutung beigemessen werden kann.

Hat jemand ein eigenes materielles Interesse daran, daß die Schuld eines anderen erfüllt werde, so liegt es sicher nahe, anzunehmen, dann wolle er diese Verpflichtung auch in seiner Person übernehmen, wenn er sich um ihretwillen dem Gläubiger verbindlich zu machen sucht. Aber ist diese Annahme wirklich ausschließlich, oder auch nur in erster Linie deshalb gerechtfertigt, weil er zwar Schuldner dieser Verbindlichkeit werden möchte, insbesondere aber, weil er Wert darauf legt, daß sich seine Verbindlichkeit sodann selbständig und unabhängig von der Hauptschuld weiterentwickle? Oder ist es nicht vielmehr so, daß sein eigenes materielles Interesse an der Erfüllung der Hauptverbindlichkeit gerade deshalb zu einer Schuldmitübernahme führt, weil er nur dann diesem Eigeninteresse in ausreichendem Maße Rechnung tragen kann, wenn er sich selbst ebenfalls verpflichtet, die inhaltlich gleiche Leistung wie der Hauptschuldner zu erbringen, sich für den gleichen Leistungsgegenstand haftbar zu machen? Ist nicht die Frage nach dem primären Gegenstand der einzugehenden Leistungsverpflichtung wesentlicher, als die Frage danach, wie sich diese Leistungsverpflichtung im Verhältnis zu einer anderen verhalten wird? Der Deutung der herrschenden Lehre könnte ohne weiteres zugestimmt werden, wenn un-

---

Erdsiek-Mühl in Soergel-Siebert § 765 BGB Vorb. 9 S. 853; RGZ 71,113 ff. (117,118); RGZ in HRR 33, Nr. 1003; in JW 30,3478 Nr. 6; in LZ 32,1042, 1043; in SA 85 S. 330 Nr. 175

1) RGZ 71,113 ff. (117,118)

bestritten wäre, daß der Bürge grundsätzlich die inhaltlich gleiche Leistung wie der Hauptschuldner zu erbringen hätte, wenn die Bürgschaft also akzessorische Schuldmitübernahme wäre. Dann wäre allerdings die Akzessorietät bzw. die Correalität das einzige Unterscheidungskriterium, und infolgedessen auch der wesentliche Bestandteil der Überlegungen des Hinzutretenden. Gerade wenn man aber auch die Möglichkeit in Betracht zieht, daß der Bürge nicht stets die Erfüllungshandlung der Hauptverbindlichkeit schuldet, sondern daß die Bürgschaft als Einständerschaft zu charakterisieren ist, durch die der Bürge in allen Anwendungsfällen in gleicher Weise nur zu einer Geldleistung verpflichtet wird, erhält das Kriterium der eigenen materiellen Interessiertheit zur Unterscheidung von Schuldmitübernahme und Bürgschaft erst seine volle Bedeutung. Gerade dann nämlich wird es erklärlich, warum der Hinzutretende sich nicht für eine Schuldmitübernahme, sondern für eine Bürgschaft entschließt, wenn er ein eigenes materielles Interesse an der Erfüllung der Hauptverbindlichkeit nicht hat. Es leuchtet ohne weiteres ein, daß eine Einständerschaft den Hinzutretenden weniger belastet, als dies bei einer akzessorischen oder gesamtschuldnerischen Schuldmitübernahme der Fall ist. Bei den für eine Nichtgeldschuld eingegangenen Bürgschaften wird dies besonders deutlich, da es in aller Regel einfacher ist, eine Summe Geldes zu zahlen, als sich erst einen bestimmten Gegenstand oder selbst auch - unter Umständen nur schwer erhältliche - gattungsmäßig bestimmte Waren zu beschaffen, um der Verpflichtung aus einer Schuldmitübernahme nachkommen zu können. Eine als Einständerschaft aufgefaßte Bürgschaft wird also in ganz besonderer Weise dem Interesse des nicht selbst materiell an der Erfüllung der Hauptverbindlichkeit interessierten Hinzutretenden gerecht, wie es eine als akzessorische Schuldmitübernahme aufgefaßte Bürgschaft nicht vermöchte. Denn der Unterschied einer derartigen Bürgschaft von der gesamtschuldnerischen Schuldmitübernahme würde sich ja nur dann auswirken, wenn sich das Schuldverhältnis unprogrammäßig weiterentwickelt. Dann erst wird der Unterschied zwischen Akzessorietät und Correalität bemerkbar. Einen Schuldner interessiert aber im allgemeinen mehr, zu welcher Leistung er verpflichtet wird, wenn sich das einzugehende Schuldverhältnis ordnungsgemäß abwickelt, als die Frage, zu welcher Leistung er bei nicht ordnungsgemäßer Weiterentwicklung verpflichtet wird.

Dem Unterscheidungskriterium der herrschenden Lehre und der ständigen Rechtsprechung ist nach alledem zuzustimmen. Der Unterschied besteht nicht in der Bestimmung des Anwendungsbereiches der gesamtschuldnerischen Schuldmitübernahme einerseits, der Bürgschaft andrerseits, sondern in der Begründung. Die Untersuchung dieses Kriteriums der eigenen materiellen Interessiertheit hat bereits die Erkenntnis gebracht, daß eine als Einständerschaft verstandene Bürg-

schaft neben der gesamtschuldnerischen Schuldmitübernahme einem Bedürfnis des Rechtslebens besser gerecht zu werden vermag, als eine Bürgschaft, die als akzessorische Schuldmitübernahme zu kennzeichnen wäre.

Immerhin könnte dieser Deutung entgegengehalten werden, sie stelle nur eine der Möglichkeiten dar, dem nur in geringerem Maße materiell an der Erfüllung der Hauptverbindlichkeit Interessierten eine weniger belastende Interzessionsform zur Verfügung zu stellen. Damit werde aber noch nicht ausgeschlossen, daß der Unterschied zwischen Bürgschaft und gesamtschuldnerischer Schuldmitübernahme tatsächlich geringer, und lediglich in der verschiedenen Gestaltung des Innenverhältnisses zu finden sei. Daher soll im folgenden die bei der Bürgschaft vorliegende Interessenlage genauer untersucht werden, um eine Entscheidung für eine Gestaltung als Einständerschaft, oder aber auch gegebenenfalls als akzessorische Schuldmitübernahme innerlich zu rechtfertigen.

Hierzu sei noch einmal kurz zur Verdeutlichung der Problemstellung auf die Gemeinsamkeiten und Unterschiede der möglichen Gestaltungen hingewiesen. Die akzessorische Schuldmitübernahme findet ihren systematischen Standort zwischen der gesamtschuldnerischen Schuldmitübernahme und der Einständerschaft. Mit jener hat sie den Schuldinhalt im engeren Sinne gemeinsam, also das, was als konkretes dare, facere, non facere zu leisten ist, unterscheidet sich aber von ihr dadurch, daß die eine der Verbindlichkeiten der anderen im Verhältnis der Akzessorietät zugeordnet ist, während die Verbindlichkeiten bei der gesamtschuldnerischen Schuldmitübernahme im Verhältnis der Correalität zueinander stehen. Mit der Einständerschaft hat die akzessorische Schuldmitübernahme eben diese akzessorische Gestaltung des Innenverhältnisses gemeinsam, nicht aber den Gegenstand der Leistung, der bei ihr dem Gegenstand der Hauptschuld entspricht, während sich die Verpflichtung des Einständers stets auf die Zahlung einer Geldsumme richtet. Die akzessorische Schuldmitübernahme stellt systematisch also gewissermaßen das Bindeglied zwischen der gesamtschuldnerischen Schuldmitübernahme und der Bürgschaft dar. Es läßt sich denken, daß ein Bedürfnis für alle drei Gestaltungen vorhanden sein kann, da jede dieser Gestaltungen einer jeweils verschiedenen Interessenkombination entspricht. Die Frage ist nur, welche Interessenkombination zu dem Rechtsinstitut der Bürgschaft geführt hat, die der akzessorischen Schuldmitübernahme, oder die der Einständerschaft zugrunde liegende Interessenlage. Die Entscheidung soll dann zugunsten der Gestaltung getroffen werden, die dem vorherrschenden Bedürfnis entspricht, was sich nicht zuletzt daraus rechtfertigt, daß die Bürgschaft eine so eingehende Regelung im BGB gefunden hat, während anzunehmen ist, daß die einem geringeren Bedürfnis entsprechende Gestaltung der freien Vereinbarung überlassen bleiben sollte.

Bei der Betrachtung interzessorischer Verträge empfiehlt es sich, die Möglichkeiten zunächst einmal mit den Augen des Gläubigers zu sehen. Die beste Sicherung - sieht man einmal von dem hier nicht interessierenden Garantievertrag ab - erhält er durch eine gesamtschuldnerische Schuldmitübernahme. Statt eines Schuldners hat er nun zwei oder mehrere, die ihm aus dem gleichen Schuldverhältnis auf das Gleiche haften - zum mindesten bei Begründung des Gesamtschuldverhältnisses -, die er nach eigenem Gutdünken in Anspruch nehmen, über deren Verbindlichkeiten er in gewissem Umfange nach Belieben verfügen kann. Die Besonderheiten des Gesamtschuldverhältnisses, die sich vor allem im Innenverhältnis zwischen den verschiedenen Gesamtschuldnern auswirken, die Frage nach Gesamt- oder Einzelwirkung, berührt den Gläubiger in aller Regel weniger. Für ihn ist wesentlich, daß er sich an alle seine Schuldner halten kann, so lange, bis er völlig wegen seiner Forderung befriedigt ist. Wie bei der gesamtschuldnerischen Schuldmitübernahme kann der Gläubiger auch bei der akzessorischen Schuldmitübernahme sich wegen des primären Leistungsgegenstandes an jeden einzelnen der Schuldner halten. Auch hier erlischt die Schuld eines jeden von ihnen erst bei vollständiger Befriedigung des Gläubigers. Im Unterschied zur gesamtschuldnerischen Schuldmitübernahme ist allerdings seine Macht geschmälert, auf jedes einzelne der Schuldverhältnisse, auf die Verpflichtung eines jeden Schuldners individuell einzuwirken. Während § 425 BGB für die Gesamtschuld die rein persönliche Wirkung von be- und entlastenden Tatsachen als Regel aufstellt, vorbehaltlich der Ausnahmen der §§ 422 bis 424 BGB, besteht bei der akzessorischen Schuldmitübernahme Gesamtwirkung, sofern der Gläubiger auf die Hauptschuld einwirkt. Die Möglichkeiten einer Einwirkung auf die akzessorischen Verbindlichkeiten sind beschränkt, und beispielsweise mit den Folgen des § 776 BGB verbunden, sofern er einen Mitbürgen aus der Mitverhaftung entläßt. Aus der Sicht des Gläubigers dürfte kein allzu großer Unterschied zwischen gesamtschuldnerischer und akzessorischer Schuldmitübernahme bestehen, da ihm wesentlich sein wird, daß er für die Leistung, auf die es ihm als das primär Geschuldete ankommt, bei beiden Gestaltungen eine Mehrzahl von hierauf haftenden Schuldnern zur Verfügung hat. Es ist ohne weiteres ersichtlich, daß eine Einständerschaft beiden anderen Gestaltungen gegenüber ein minus bedeutet, da der Gläubiger vom Hinzutretenden von vornherein nur eine Geldleistung statt der vom Hauptschuldner zu erbringenden Leistung fordern kann.[1)]

---

1) Es ist zum Teil umstritten, ob die gesamtschuldnerische Schuldmitübernahme oder die Bürgschaft für den Gläubiger günstiger ist. Unseres Erach-

Gerade die Tatsache, daß sowohl bei der akzessorischen, als auch bei der gesamtschuldnerischen Schuldmitübernahme die Forderung des Gläubigers auch gegen den Hinzutretenden auf die der Hauptschuld inhaltlich gleiche Leistung gerichtet ist, läßt Zweifel aufkommen, ob die Bürgschaft - als akzessorische Schuldmitübernahme aufgefaßt - alle Interessen befriedigen kann, für deren Regelung ein Bedürfnis besteht. Es gibt typische Konstellationen von Interessen, denen eine solche Bürgschaft nicht gerecht werden könnte, in denen sowohl die gesamtschuldnerische, als auch die akzessorische Schuldmitübernahme aus ein- und demselben Grunde versagen würde: weil nämlich der Hinzutretende kein Interesse daran haben kann, sich auf die inhaltlich gleiche Leistung wie der Hauptschuldner zu verpflichten. Dies wird gerade bei nicht auf Geldschulden gerichteten Forderungen sehr häufig der Fall sein. So beispielsweise schon, wenn die Hauptschuld auf Lieferung bestimmter Waren, zum Beispiel bestimmter Maschinen, oder auf Lieferung von Kraftfahrzeugen eines bestimmten Typs gerichtet ist. Wenn Bürgschaft wirklich eine akzessorische Schuldmitübernahme wäre, so müßte der Bürge, der unter Umständen gar keine innere Beziehung zum Gewerbezweig des Hauptschuldners hat, sich also im Falle der Inanspruchnahme die Maschinen oder Kraftfahrzeuge erst beschaffen - denn auch er wäre verpflichtet, diese zu liefern. Er müßte also unter Umständen zu Abnehmern oder Konkurrenten des Hauptschuldners gehen und dort versuchen, die Maschinen oder Kraftfahrzeuge aufzukaufen, um sie an den Gläubiger leisten zu können. Ihm stehen in der Regel auch weder die Maschinen, noch auch die personellen Mittel des Hauptschuldners zur Verfügung, um die zu leistende Ware herzustellen, wenn er sich für eine Verpflichtung aus einem Werkvertrag verbürgt hat. Bei dieser Sachlage wird sich jedermann sehr überlegen, ob er eine Bürgschaft - als akzessorische Schuldmitübernahme verstanden - übernehmen will, da er die möglichen Beschaffungskosten nur schwer zu übersehen vermag - können sie doch ein Vielfaches des Wertes des Leistungsgegenstandes betragen. Auch in diesen und ähnlichen Fällen hat der Gläubiger ein Interesse an der Sicherung seiner Hauptforderung durch einen weiteren Schuldner, der Hauptschuldner an einer Erweiterung seiner Kreditfähigkeit und -würdigkeit durch den Beistand eines zahlungskräftigen Helfers; der Hinzutretende kann unter Umständen ebenfalls ein erhebliches Interesse daran haben, den Gläubiger zu sichern oder den Hauptschuldner wirtschaftlich zu stützen. Drängt sich nicht hier

---

tens ist eine generelle Antwort gar nicht möglich. Es kommt immer darauf an, unter welchem Aspekt man die beiden Gestaltungen betrachtet, welche auf das Schuldverhältnis einwirkenden Ereignisse man für wesentlich hält

geradezu die Vorstellung auf, wenn er schon nicht Mitschuldner der Hauptverbindlichkeit werden wolle, so könne er doch wenigstens eine "Bürgschaft" für die Hauptforderung übernehmen? Und stellt man sich nicht gerade hier vor, daß die Bürgschaft, verstanden als eine Einständerschaft, die auf Leistung einer entsprechenden Summe Geldes gerichtet ist, das geeignete Mittel sei? Und wird nicht gerade deshalb in der Praxis des Alltags häufig eine Bürgschaft vereinbart werden, weil der Hinzutretende an sich bereit ist, dem Gläubiger eine Sicherung wegen seiner Forderung zu gewähren, sich aber zu einer Schuldmitübernahme nicht entschließen kann, weil er sich in diesem Umfang nicht binden will, nicht binden kann, weil ihm die Beschaffung des zu Leistenden nahezu unmöglich wäre? Nicht deshalb scheitert hier der Abschluß einer Schuldmitübernahme, weil dem Hinzutretenden daran liegt, akzessorisch zu haften, der Gläubiger aber darauf besteht, daß die Schuld des Hauptschuldners und die des Hinzutretenden einander gesamtschuldnerisch zugeordnet sein sollen, sondern weil der Hinzutretende den Gegenstand der Leistung nicht oder nur schwer zu erbringen vermag. Den Beteiligten ist hier auch nicht mit einem Hinweis auf die Möglichkeit gedient, einen Garantievertrag zu vereinbaren, da der Leistungsgegenstand hier in Geld bestehe, und der Zweck auf Schadloshaltung des Gläubigers gerichtet sei. Wie schon ausgeführt, dient der Garantievertrag aber einem ganz anderen Zweck insofern, als der Garant sich unbedingt zur Schadloshaltung verpflichtet, auch für den Fall, daß eine Hauptverbindlichkeit nicht besteht oder nachträglich entfällt. In unserem Falle ist dieser Zweck aber gar nicht Gegenstand der Überlegungen der Parteien. Der Hinzutretende will eine unbedingte Verpflichtung überhaupt nicht eingehen, sondern er will nur dann verpflichtet sein, wenn eine rechtswirksame Hauptverbindlichkeit besteht. Das Bedürfnis nach einer akzessorisch gestalteten Interzession, deren Verpflichtung auf die Leistung einer Summe Geldes gerichtet ist, scheint uns damit ausreichend nachgewiesen zu sein. Da dieses Bedürfnis uns wesentlicher erscheint, als das Bedürfnis, dem Rechtsverkehr neben einer gesamtschuldnerischen Schuldmitübernahme auch eine akzessorisch gestaltete Schuldmitübernahme zur Verfügung zu stellen, gelangen wir zu der Auffassung, daß die Interessenlage eine als Einständerschaft verstandene Bürgschaft erfordert. Ist eine akzessorische Schuldmitübernahme gewollt, so muß sie besonders vereinbart werden, da sie weder gesamtschuldnerische Schuldmitübernahme, noch Bürgschaft ist. Ob man dann die akzessorische Schuldmitübernahme als eine Bürgschaft mit besonders gestaltetem Schuldinhalt im engeren Sinne, oder aber als eine Schuldmitübernahme ansieht, bei der kraft besonderer Abmachung die Verpflichtungen nicht im Verhältnis der Correalität, sondern der Akzessorietät einander zugeordnet sind, scheint uns mehr eine Frage des Geschmacks,

als von rechtserheblicher Bedeutung zu sein.[1)]

Fischer führt zur Begründung seiner Auffassung, der Bürge schulde grundsätzlich das inhaltlich Gleiche wie der Hauptschuldner, an, dieser Schuldinhalt ergebe sich unter anderem auch daraus, daß der Gläubiger in Zeiten der Warenverknappung auch den Bürgen auf Lieferung der geschuldeten Ware in Anspruch nehmen können müsse, wenn die Leistung diesem noch möglich sei, nicht aber mehr dem Hauptschuldner.[2)] Damit kann die Auffassung der Bürgschaft als einer Einständerschaft aber nicht widerlegt werden. Es unterliegt keinem Zweifel, daß ein derartiges Interesse des Gläubigers besteht. Wenn er aber gerade dieses Interesse sichern wollte, so hat er eben mit der Bürgschaft nicht das richtige Mittel gewählt. Wenn der Gläubiger auch den Hinzutretenden auf die Erfüllungshandlung hätte verpflichten wollen, so hätte er versuchen müssen, diesen zum Abschluß eines Schuldmitübernahmevertrages zu bewegen. Traute der Hinzutretende sich zu, die Erfüllungshandlung selbst bewirken zu können, so würde er möglicherweise auch hierauf eingegangen sein. Seinem Interesse, nur dann leisten zu müssen, wenn der Hauptschuldner zuvor erfolglos in Anspruch genommen wurde, hätte durch die Vereinbarung einer Subsidiaritätsklausel Rechnung getragen werden können.

Wenn im vorangegangenen versucht wurde, darzulegen, warum der Bürge nicht das inhaltlich Gleiche wie der Hauptschuldner zu leisten, also nicht die Erfüllungshandlung der Hauptverbindlichkeit zu erbringen habe, warum Bürgschaft nicht akzessorische Schuldmitübernahme sein könne, so gilt es nunmehr auszuführen, warum die Bürgschaft, obwohl der Bürge eine Summe Geldes zu leisten verpflichtet ist, keine Schadensersatzschuld begründet. Damit soll sowohl die Mindermeinung widerlegt, als auch aufgezeigt werden, daß die von der herrschenden Lehre für die von ihr zugestandenen Ausnahmen entwickelte Lösung nicht schlüssig ist.

Siber verneint entschieden, daß die Bürgenverpflichtung auf Schadensersatz ge-

---

1) Von rechtserheblicher Bedeutung könnte die Konstruktion allerdings für die Frage sein, ob auf die akzessorische Schuldmitübernahme die Formvorschrift des § 766 BGB Anwendung findet oder nicht. Entscheidend ist aber auch hier allein die Interessenlage und nicht die mehr oder weniger zufällige Formulierung der Parteien. Angesichts der fehlenden Selbständigkeit der Verpflichtung des Übernehmers dürfte hier die entsprechende Anwendung des § 766 BGB angebracht sein.

2) Fischer in RGRK § 765 BGB Anm. 15 S. 923

richtet sei: "Hätte der Bürge den Zustand herzustellen, der bei rechtzeitiger Erfüllung der Hauptschuld bestehen würde, so müßte er ohne Rücksicht auf Verschulden dem Gläubiger wegen Vereitelung und Verzögerung der fällig gewordenen Leistung des Hauptschuldners auch dann Ersatz leisten, wenn dieser selbst nicht im Verzug und deshalb nicht ersatzpflichtig ist. Dem steht aber der Satz, daß der Bürge nicht in duriorem causam verpflichtet werden kann, und die ausdrückliche Bestimmung des § 767 S.1 BGB unabweisbar entgegen".[1] Bereits aus diesem Grunde ist Schadensersatz als Kennzeichnung der Bürgenverpflichtung auszuschließen.

Ferner hat die Untersuchung von der Prämisse auszugehen, daß der Schuldinhalt bei der gewöhnlichen und bei der selbstschuldnerischen Bürgschaft gleich ist, daß sich beide Formen der Bürgschaft nur durch die Subsidiarität, bzw. durch deren Fehlen voneinander unterscheiden.[2] In dem Begriff der Subsidiarität ist nicht enthalten, daß die subsidiäre Schuld dem Schuldgegenstande nach von minderer Qualität ist als die primäre Schuld. Subsidiarität einer Haftung bedeutet vielmehr einen zeitlichen Aufschub der Leistungsverpflichtung so lange, bis eine bestimmte Bedingung erfüllt ist. Diese Bedingung besteht bei der gewöhnlichen Bürgschaft darin, daß der Gläubiger erst eine Zwangsvollstreckung gegen den Hauptschuldner ohne Erfolg versucht haben muß, bevor er den Bürgen in Anspruch nehmen kann. Bis dahin steht dem Bürgen die Einrede der Vorausklage zu (§ 771 BGB).

Geht man nun davon aus, daß die Bürgschaftsverpflichtung auf Leistung von Schadensersatz gerichtet ist, so scheint dieses Ergebnis bei der gewöhnlichen - subsidiären - Bürgschaft ohne weiteres einzuleuchten. Wird hier doch im Regelfall der Gläubiger zunächst einmal vom Bürgen an den Hauptschuldner verwiesen worden sein, oder aber der Gläubiger hat sich schon von sich aus zuerst an diesen gewandt. Hat der Gläubiger dann vom Hauptschuldner Befriedigung seiner Forderung nicht zu erlangen vermocht und nimmt nunmehr den Bürgen in Anspruch, so greift er auf diesen zu einem Zeitpunkt zurück, in dem sich

---

1) Siber, Ih.Jb. 50,114; zustimmend Westerkamp S.176

2) Brattig, Diss. S.29 FN 1; Erman-Wagner § 765 BGB Vorb. 2 S.1378; Oertmann § 773 BGB Anm. 2a S.1243; Planck-Oegg II § 765 BGB Vorb.III 2 S.1398; Reichel, Schuldmitübernahme S.77,86,87; Fischer in RGRK § 765 BGB Vorb. 8 S.909; Godin in RGRK § 349 HGB Anm. 19 S.185; Staudinger-Brändl § 765 BGB Vorb. 20 S.2473; RGZ 65,134 ff. (139); RGZ 148,66

die Hauptschuld bereits von einer auf die Erfüllungshandlung gerichteten Schuld in eine Schadensersatzschuld umgewandelt hat.

Verzichtet nun der Bürge auf die Einrede der Vorausklage, oder ergibt sich dieser Verzicht kraft Gesetzes, so kann der Gläubiger den Bürgen sofort und unmittelbar in Anspruch nehmen.[1] Eine Umwandlung der auf die Erfüllungshandlung gerichteten Hauptschuld in eine Schadensersatzschuld findet hier vor der Inanspruchnahme des Bürgen nicht statt. Die Forderung des Gläubigers gegen den Hauptschuldner ist vielmehr noch immer auf die Erfüllungshandlung gerichtet. Dieser kann durchaus zur Erfüllung fähig und bereit sein. Ein Schaden ist also in der Sphäre des Hauptschuldners noch nicht entstanden. Aber auch in der Sphäre des Bürgen fehlt es an einem solchen. Daß der Bürge zunächst und immer die Erfüllungshandlung schulde, so daß sich dieser Primäranspruch des Gläubigers gegen ihn in einen Schadensersatzanspruch im Falle der Nichterfüllung verwandeln könnte, wird von der Mindermeinung und der herrschenden Lehre für den Bereich der von ihr zugestandenen Ausnahmen gerade verneint. Ein Schadensersatzanspruch kann also schon mangels eines Schadens in vielen Fällen nicht die Rechtsnatur der Bürgschaft ausmachen. Es kann weder von einer sekundären, noch von einer primären Schadensersatzschuld gesprochen werden.

Kann aber Schadensersatz nicht die Rechtsnatur der selbstschuldnerischen Bürgschaft sein, unterscheidet sich diese aber von der gewöhnlichen nur durch den Fortfall der Subsidiarität, so scheidet diese Kennzeichnung für den gesamten Bereich der Bürgschaft aus.

Es fragt sich nun, wie die Rechtsnatur der Bürgenverpflichtung zu bestimmen ist, wenn sie weder als akzessorische Schuldmitübernahme, noch als Schadensersatzschuld charakterisiert werden kann. Der Vergleich der Interessenlage bei

---

1) Reichel, Schuldmitübernahme S. 80 ff., Schulthess, ZSchwR 44 NF S. 94, Erdsiek-Mühl in Soergel-Siebert § 765 BGB Vorb. 3 S. 850 und Staudinger -Brändl § 765 BGB Vorb. 10 S. 2468 behaupten, die Bürgenschuld sei stets subsidiär, auch bei der selbstschuldnerischen Bürgschaft, da der Gläubiger stets zuvor den Hauptschuldner in Anspruch genommen haben müsse, bevor er sich an den Bürgen halten könne. Es bedürfe hier nur nicht auch einer erfolglos versuchten Zwangsvollstreckung. Von einer derartigen Einrede der Vorausbelangung verlautet aber im Gesetze nichts. Der Beweis dafür, daß die Bürgschaft stets nur eine subsidiäre Verpflichtung des Bürgen schaffe, müßte erst noch geliefert werden.

gesamtschuldnerischer Schuldmitübernahme und Bürgschaft hat gezeigt, daß der Bürge nicht grundsätzlich die inhaltlich gleiche Leistung wie der Hauptschuldner, nicht die Erfüllungshandlung der Hauptverbindlichkeit zu erbringen hat, sondern daß er deren Erfüllung in anderer Weise zu sichern verpflichtet ist. Der Schuldinhalt der Bürgenverbindlichkeit kann dann nur in der Verpflichtung zu einer Geldleistung bestehen. Ist diese aber nicht Schadensersatz, weil ein Schaden nicht immer entstanden zu sein braucht, wenn der Gläubiger den Bürgen in Anspruch nimmt, soll der Gläubiger ihn aber sofort und unmittelbar auf Leistung in Anspruch nehmen können, so ergibt sich mit Notwendigkeit, daß es sich bei der Bürgenverpflichtung um eine primäre, auf Leistung einer Summe Geldes gerichtete Verpflichtung handelt. Die Höhe des gegen den Bürgen zu richtenden Anspruches ergibt sich bereits aus dem Grundsatz der Akzessorietät, nach dem der Umfang der Bürgenschuld sich nach dem der Hauptschuld richtet. Die Höhe der Bürgenverpflichtung wird also bestimmt durch den Geldwert der Hauptverbindlichkeit im Zeitpunkt der Inanspruchnahme durch den Gläubiger. Für die Höhe der verbürgten Leistung ist der objektive Wert maßgebend, nicht das subjektive Interesse. Die Bürgenverpflichtung hat also nicht Schadensersatzcharakter. Der für die Höhe der Bürgenverpflichtung maßgebliche Wert setzt sich demnach zusammen einmal aus dem Vermögenswert der eigentlichen Leistung, so wie sie ursprünglich geschuldet wurde, zum anderen aus dem Betrag, der erforderlich ist, um die aus Verzug oder ähnlichen Folgewirkungen einer nicht planmäßigen Entwicklung des Schuldverhältnisses entstandenen Schäden und Aufwendungen auszugleichen. Auch wenn sich der Geldwert der Hauptverbindlichkeit unter Umständen aus Beträgen zusammensetzt, die auf sehr verschiedenem Rechtsgrund beruhen, behält die Bürgschaftsverpflichtung doch ihren einheitlichen Charakter als primäre Geldleistungsschuld. Die einzelnen Beträge stellen hinsichtlich der Bürgenschuld lediglich Rechnungsposten dar. Schwierigkeiten bereitet die Frage, wie eine derartige Schuld bezeichnet werden soll, da keiner der bisher verwendeten Begriffe auf sie zutrifft. Nicht empfehlenswert erscheint es uns, in Anlehnung an Bierling von "Ersatzzwang"[1] oder von "Ersatzleistung"[2] zu sprechen, die von der "Interesseleistung" bei der Schadensersatzschuld zu unterscheiden wäre. Wenn es auch richtig ist, daß die Erfüllung der Bürgenverpflichtung dem Gläubiger "Ersatz" sein soll für die Erfüllung der Hauptschuld durch den Hauptschuldner, so sind die Bezeichnungen einander doch so verwandt, daß eine Verwechslungs-

---

1) Bierling, Juristische Prinzipienlehre Bd. 3, 376 ff. (380, 381)

2) Siber, Ih. Jb. 50, 114

gefahr, und damit eine Ursache für zahllose Mißverständnisse, greifbar nahe liegt. Unser Vorschlag geht dahin, eine Verpflichtung, die in der Weise gestaltet ist, wie dies von uns für die Bürgschaft ermittelt wurde, und damit auch die Bürgenverpflichtung selbst, als "Einständerschaft" zu kennzeichnen, und damit diesen in so vielfältiger und unkritischer Weise verwendeten Begriff zu einem rechtlichen terminus technicus zu erheben. Einmal scheint uns dieser Begriff dem bei der Bürgschaft im Gegensatz zur gesamtschuldnerischen Schuldmitübernahme gegebenen Sachverhalt gut zu entsprechen. Zum anderen wird hiermit auch eine terminologisch klare Abgrenzung zur Schadensersatzschuld, zur Interesseleistungsverpflichtung bewirkt.[1)]

Zu untersuchen ist weiter noch die Frage, wie die Rechtsnatur der Bürgenverpflichtung sich gestaltet, wenn der Gläubiger zunächst den Hauptschuldner erfolglos in Anspruch genommen, damit den bis dahin bestehenden, auf die Erfüllungshandlung gerichteten Anspruch in einen Schadensersatzanspruch umgewandelt hat. Ob man hier nun Einständerschaft oder eine Schadensersatzverpflichtung als vorliegend erachtet: der Schuldinhalt, die Verpflichtung eine Summe Geldes zu leisten, bleibt sich gleich. Auch hier ist aber davon auszugehen, daß die Bürgschaft Einständerschaft ist. Die Rechtsnatur der Bürgenverpflichtung ist für alle Anwendungsfälle einheitlich zu bestimmen. Rechtsnatur und Schuldinhalt der Hauptverbindlichkeit haben auf Rechtsnatur und Schuldinhalt der Bürgenverpflichtung keinen Einfluß. Die Bürgenverpflichtung ist stets primär auf eine Geldleistung gerichtet. Lediglich ihre Höhe wird von der Entwicklung der Hauptverbindlichkeit als Folge des Akzessorietätsprinzips bestimmt. Daraus ergibt sich ferner, daß auch bei der gewöhnlichen Bürgschaft die Verpflichtung des Bürgen primär auf eine Geldleistung gerichtet ist, wobei "primär" hier nicht vom Gegensatzpaar "primär-subsidiär" her zu verstehen ist, - denn gerade die Subsidiarität kennzeichnet ja die gewöhnliche Bürgschaft -, sondern vom Gegensatzpaar "primär-sekundär". Den Bürgen trifft also bei der gewöhnlichen Bürgschaft - trotz Umwandlung der auf die Erfüllungshandlung gerichteten Hauptschuld in eine Schadensersatzschuld - genau die gleiche Verpflichtung, die ihn treffen würde, hätte er auf die Einrede der Vorausklage ver-

---

1) Der Begriff der "Einständerschaft" bzw. des "Einstehenmüssens" wird im Zusammenhang mit der Bürgschaft meist dann gebraucht, wenn "Schadensersatzschuld" gemeint ist. Insoweit wäre die Verwendung des Begriffs also überflüssig, da er den wahren Sachverhalt verschleiert. In der Regel wird der Begriff des "Einstehenmüssens" aber nur als im Gesetz gegebener Ausgangspunkt erwähnt, nicht aber zur Kennzeichnung einer bestimmten Rechtsnatur.

zichtet. Dadurch, daß ihm diese Einrede erhalten blieb, ist lediglich ein zeitlicher Aufschub bewirkt worden, während sich an der Rechtsnatur der Bürgenverpflichtung nichts geändert hat.

Zusammenfassend kann also Rechtsnatur und Schuldinhalt der Bürgenverpflichtung wir folgt umschrieben werden: Bürgschaft ist Einständerschaft, nicht akzessorische Schuldmitübernahme, und nicht Schadensersatzschuld. Die Bürgenverpflichtung ist primäre, nicht sekundäre Schuld. Im Verhältnis zur Hauptschuld ist sie akzessorische Nebenschuld. Sie ist Fremdschuld, da sie der Sicherung einer fremden Schuld dient, in die der Bürge nicht wie bei einer Schuldmitübernahme eintritt, die er nicht als eigene übernimmt. Die Verpflichtung des Bürgen geht ihrem Inhalte nach in jedem der möglichen Anwendungsfälle auf die Leistung einer Summe Geldes, deren Höhe von der Entwicklung der Hauptverbindlichkeit bestimmt wird. Maßgebender Zeitpunkt für die endgültige Höhe der vom Bürgen zu leistenden Geldsumme ist der Zeitpunkt der Inanspruchnahme durch den Gläubiger. Rechtsnatur und Schuldinhalt der verbürgten Schuld sind für Rechtsnatur und Schuldinhalt der Bürgenverpflichtung unerheblich.

4. Ist die Haftung des Gesellschafters einer OHG nach § 128 HGB "bürgenähnlich"? - Systematisch -teleologische Auslegung

Nachdem im vorangegangenen das Bürgschaftsrecht in dem für die Thematik dieser Arbeit bedeutsamen Umfange dargestellt wurde, gilt es nunmehr, sich der Frage zuzuwenden, ob und inwieweit die Haftung des Gesellschafters einer OHG nach § 128 HGB als "bürgenähnlich" bezeichnet werden kann. Es wird aufgefallen sein, wie ähnlich Argumentationsweise und Ergebnis der herrschenden Lehre zur Wesens- und Inhaltsbestimmung der Bürgenschuld der Argumentationsweise und dem Ergebnis der herrschenden Lehre zu der entsprechenden Problematik bei der Gesellschafterhaftung nach §128 HGB sind. Es läßt sich eine zum Teil bis ins Wörtliche gehende Parallelität feststellen. Angesichts dieser Tatsache ist eigentlich nicht recht ersichtlich, warum die herrschende Lehre zu § 128 HGB in so kategorischer Weise die "Bürgenähnlichkeit" der Haftung des Gesellschafters einer OHG ablehnt. Man wird allerdings feststellen können, daß sie von einem Bürgschaftsbegriff ausgeht, nach dem der Bürge Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu leisten verpflichtet ist. Sie lehnt also der Sache nach nicht die "Bürgenähnlichkeit" ab, wie sie sich bei Zugrundele-

gung des Bürgschaftsbegriffes der zum Bürgschaftsrecht vertretenen herrschenden Lehre ergeben würde. Vielmehr wendet sie sich gegen eine Übertragung und entsprechende Anwendung des Bürgschaftsbegriffes, wie ihn vor allem Fischer, Müller-Erzbach und Wieland ihrer Charakterisierung der Gesellschafterhaftung als "bürgenähnlich" zugrunde legen. Dieser Bürgschaftsbegriff aber ist der Mindermeinung zum Bürgschaftsrecht entlehnt. Aber nicht nur die herrschende Lehre zu § 128 HGB scheint zu verkennen, daß sie der Sache nach eine der herrschenden Lehre zum Bürgschaftsrecht weitgehend entsprechende Meinung vertritt, so daß sich insoweit die Bezeichnung "bürgenähnlich" rechtfertigen würde.[1] Auch die Mindermeinung zu § 128 HGB übernimmt einen Bürgschaftsbegriff, der nicht der hier herrschenden Lehre entspricht, ohne sich mit dieser Tatsache auseinanderzusetzen, was erforderlich gewesen wäre, wenn sie sich zur Kennzeichnung der Gesellschafterhaftung nach § 128 HGB als "bürgenähnlich" gerade der Mindermeinung zur Wesens- und Inhaltsbestimmung der Bürgschaft anschließt.

Diesen Zusammenhang aufzuzeigen, war erforderlich, um deutlich zu machen, wie notwendig es ist, den Kennzeichnungen der Gesellschafterhaftung nach § 128 HGB als "bürgenähnlich" oder "nicht bürgenähnlich" zu mißtrauen und stets zunächst danach zu fragen, welcher Bürgschaftsbegriff jeweils zugrunde gelegt worden ist.

Da in dieser Arbeit sowohl die herrschende Lehre als auch die Mindermeinung zur Frage von Rechtsnatur und Schuldinhalt der Bürgenverpflichtung abgelehnt und eine hiervon unterschiedene Bestimmung getroffen wurde, ist zu fragen, ob sich der von uns ermittelte Bürgschaftsbegriff auf die Gesellschafterhaftung nach § 128 HGB übertragen und analog anwenden läßt, wozu es einer eingehenden Untersuchung der im Bereich der Gesellschafterhaftung beteiligten Interessen und deren Abwägung bedarf.

a. Abwägung der im Bereich der Gesellschafterhaftung nach § 128 HGB beteiligten Interessen

Durch die im ersten Teil der Arbeit vorgenomme vorläufige, nur unter einem

---

1) Gewisse Unterschiede sind zwar vorhanden. So wird die Haftung des Gesellschafters nach § 128 HGB dahin verstanden, er schulde als Eigenschuldner, der Bürge aber schulde demgegenüber als Fremdschuldner. Im übrigen herrscht aber weitgehende Übereinstimmung.

bestimmten Gesichtspunkt erfolgte Wertung der Interessenlage war die unmittelbare und persönliche Haftung des Gesellschafters einer OHG nach § 128 HGB als die den Besonderheiten der gesellschaftsrechtlichen Struktur der OHG entsprechende Haftungsform gerechtfertigt worden. Nunmehr gilt es, durch eine sorgfältige Abwägung der im Widerstreit stehenden Interessen die dort noch offen gelassene Frage zu beantworten, ob der einzelne Gesellschafter die Erfüllungshandlung schulde, oder aber, ob er nur für die Erfüllung der Hauptschuld "einzustehen" habe, wobei die Interessen des Gesellschaftsgläubigers, der OHG und des einzelnen Gesellschafters zu berücksichtigen sind.

Die Interessen des Gesellschaftsgläubigers sind wie die jedes Gläubigers auf möglichst vollkommene Befriedigung seiner Forderung gerichtet. Für ihn war der Gedanke, Erfüllung durch Bewirken der geschuldeten Leistung im Sinne des § 362 BGB zu erlangen, bestimmendes Motiv für den Vertragsabschluß mit der OHG. Daß ihm am besten damit gedient wäre, wenn neben der OHG auch der einzelne Gesellschafter die Erfüllungshandlung schuldete, bedarf keiner weiteren Erläuterung. Vervielfältigte sich doch dadurch sein Forderungsrecht auf ein- und dieselbe Leistung in unter Umständen erheblichem Maße.

Sind die Interessen des Gesellschaftsgläubigers eindeutig zu bestimmen, so trifft dies in gleicher Weise auf die Interessen des einzelnen Gesellschafters zu. Dieser möchte naturgemäß in möglichst geringem Umfange in Anspruch genommen werden. Aus seiner Sicht gesehen, soll die OHG mit den von ihm eingebrachten Mitteln arbeiten. Diese, in Verbindung mit den von seinen Mitgesellschaftern eingebrachten Mitteln, sollen als vereinigte Vermögensmasse der OHG die Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten ermöglichen und den Gesellschaftsgläubigern zur vornehmlichen Befriedigung dienen. Zwar weiß der einzelne Gesellschafter, daß er sich einer Mithaftung mit seinem Privatvermögen ausgesetzt hat, als er persönlich haftender Gesellschafter einer OHG geworden ist, wird aber doch davon ausgehen, er werde zumeist nicht, und wenn, dann doch nur in zweiter Linie mit seinem Privatvermögen haften müssen, die unmittelbare Inanspruchnahme werde lediglich seltene Ausnahme dieser Regel bleiben. Wird er aber von dem Gesellschaftsgläubiger in Anspruch genommen, sei es primär oder subsidiär, so wird es für ihn in der ganz überwiegenden Zahl der Fälle die geringste Einbuße bedeuten, wenn er sich seiner Verpflichtung durch die Zahlung einer Summe Geldes entledigen kann. Jede andere Leistungsverpflichtung würde ihn im allgemeinen empfindlicher und härter treffen, da sie meist mit erheblichen Mehraufwendungen verbunden wäre. Er müßte dann in vielen Fällen zunächst einmal - abgesehen also von der Möglichkeit eines

Rückgriffs gegen die OHG - erheblich höhere Einbußen in Kauf nehmen, als das Interesse des Gläubigers an der Erfüllung ausmacht.

Weniger eindeutig ist die Interessenlage bei der OHG. Sie wird in der Regel zu einseitig unter dem Gesichtspunkt gesehen, der OHG gehe es vornehmlich um eine möglichst breite Kreditbasis, die nicht zuletzt durch die für sie vorgesehene Haftungsregelung ermöglicht werde, wonach auch die einzelnen Gesellschafter persönlich, unbeschränkt und unmittelbar hafteten. Diesem Interesse könne aber nur dann voll entsprochen werden, wenn auch der einzelne Gesellschafter die gleiche Leistung wie die OHG zu erbringen habe. Es soll keineswegs verkannt werden, daß durch eine derartige Haftungsregelung den Interessen der OHG voll Rechnung getragen werden würde, wenn sich deren Interesse tatsächlich darin erschöpfte, ihren Gläubigern die größtmögliche Sicherung zu gewähren. Die Interessenlage gestaltet sich für die OHG aber vielschichtiger, wie vor allem Müller-Erzbach[1] richtig erkannt hat. Er stellt wesentlich darauf ab, daß der OHG ihrer gesellschaftsrechtlichen Struktur nach in besonderem Maße an einem hochentwickelten Verantwortungsbewußtsein ihrer Gesellschafter gelegen sein müsse, das durch eine grundsätzliche Verpflichtung zur Erbringung der Erfüllungshandlung nicht unerheblich beeinträchtigt werden würde. Dieses Verantwortungsbewußtsein könne nur dann geweckt und aufrechterhalten werden, wenn der einzelne Gesellschafter lediglich verpflichtet sei, für ihn erfüllbaren Verpflichtungen nachzukommen, wobei "erfüllbar" hier nicht nur in rechtlichem, sondern vorwiegend auch im wirtschaftlichen Sinne zu verstehen sei. Müller-Erzbach weist zutreffend darauf hin, es sei eine ganz andere "Machtlage" gegeben, wenn der Gesellschaftsgläubiger die OHG, und wenn er den einzelnen Gesellschafter in Anspruch nehme. Mit der Wandlung der Machtlage auf der Schuldnerseite wandle sich auch das Interesse auf der Gläubigerseite. Er verdeutlicht das an dem Beispiel, wonach sich eine OHG verpflichtet hat, Waren selbst zu erzeugen und zu liefern. Eine gleichartige Leistungsverpflichtung auf Seiten des einzelnen Gesellschafters komme einer "wirtschaftlichen Unmöglichkeit" gleich. "Der einzelne Gesellschafter ist nicht dazu imstande, diese Waren aus eigenem Vermögen zu erzeugen und zu liefern, wenn ihm nicht die Kapital-, die Arbeits- und die Organisationskraft seiner Gesellschaft und deren Arbeitsräume, Maschinen etc. zur Verfügung stehen...Es steht außer Betracht, daß das Vermögen, diese Verbindlichkeit zu erfüllen, und damit diese Verbindlichkeit selbst, sich grundstürzend ändern kann, wenn sie so gegen den einzelnen Gesellschafter gerichtet wird, anstatt, wie zunächst beabsichtigt

---

1) Müller-Erzbach JZ 57, 384

ist, sich nur gegen die geschlossene Organisation der Gesellschaft zu wenden".[1] Das Vertrauen des Glaubigers darauf, daß er auch von dem einzelnen Gesellschafter die gleiche Leistung wie von der OHG fordern könne, sei nur schutzwürdig insoweit, als es dem einzelnen Gesellschafter überhaupt möglich sei, die Leistung in eigener Person, mit den ihm zur Verfügung stehenden Mitteln zu erbringen. Gerade weil die OHG auf die tatkräftige Mitarbeit, den vollen Einsatz ihrer Gesellschafter angewiesen sei, liege es auch ganz wesentlich im Interesse der OHG, wenn die Verpflichtung, in jedem Falle die Erfüllungshandlung zu erbringen, auf sie selbst beschränkt bleibe.

Mit Müller-Erzbach und den übrigen Vertretern der Mindermeinung zu § 128 HGB sind wir der Auffassung, daß bei einer Regelung, nach welcher auch der einzelne Gesellschafter die Erfüllungshandlung der Verbindlichkeit der OHG zu erbringen hat, die Interessen des einzelnen Gesellschafters zu sehr vernachlässigt werden. Sie wirken sich bei dieser Losung in keiner Weise aus.[2] Werden die Interessen des einzelnen Gesellschafters aber in der Weise berücksichtigt, daß er nur als verpflichtet angesehen wird, in jedem Anwendungsfalle eine entsprechende Summe Geldes zu zahlen, so werden die Interessen des Gesellschaftsglaubigers dennoch ausreichend gewahrt, da ihm jeder einzelne Gesellschafter bis zur vollen Befriedigung seiner Forderung unbeschränkt und unbeschränkbar haftet, so daß er eine Einbuße an seinem Vermögen nicht zu besorgen hat.

Es sollte auch bedacht werden, daß jedermann, der als Gesellschafter in eine OHG einzutreten beabsichtigt, vernünftigerweise vorher Überlegungen anstellen wird, inwieweit er den moglicherweise auf ihn zukommenden Verpflichtungen, insbesondere den sich aus §128 HGB ergebenden, gewachsen sein wird. Er wird sein Risiko zuvor abzuschätzen suchen. Müßte er aber als Gesellschafter einer OHG damit rechnen, grundsätzlich die Erfüllungshandlung erbringen zu müssen, so würde er häufig vom Eintritt in eine OHG absehen, weil er sich von vornherein sagen müßte, daß ihm beispielsweise die Beschaffung der von der OHG zu liefernden Waren, insbesondere bei eigener Produktion der OHG,

---

1) Müller-Erzbach JZ 57, 384

2) Auch wenn man das Interesse des einzelnen Gesellschafters dadurch berücksichtigt, daß man ihn dann nicht zur Erbringung der Erfüllungshandlung verpflichtet sein läßt, wenn die OHG ihn in seinem persönlichen Bereich zu verpflichten suchte, wird man seinen Interessen nicht voll gerecht. Hier handelt es sich um einen Sonderfall, während die Interessen des Gesellschafters in jedem Einzelfall Berücksichtigung beanspruchen können.

oftmals zum mindesten wirtschaftlich unmöglich oder doch nahezu unmöglich sein würde. Der Beitritt eines Nichtarchitekten in ein als OHG betriebenes Architektenbüro wäre nahezu als leichtfertig anzusehen. Das Architektenbüro seinerseits hätte Schwierigkeiten, sich die volle Finanzkraft des beitrittswilligen Nichtarchitekten zunutze zu machen, da es ihm Gesellschafterrechte kaum wird zuerkennen können. Je spezialisierter das Herstellungsprogramm einer OHG, je abhängiger die Herstellung der von ihr vertriebenen Waren von der Innehabung gewisser Patente, von sachlichen und personellen Voraussetzungen wäre, umso weniger würden derartige Unternehmen in der Rechtsform einer OHG gegründet oder in diese überführt werden können, weil es nur schwer möglich wäre, Gesellschafter zu finden, die ein so unwägbares Risiko zu tragen gewillt sind. Haftet der Gesellschafter einer OHG aber nur auf den Geldwert der Leistung, so wird sein Risiko berechenbar, und er sieht sich von vornherein nur für ihn erfüllbaren Verpflichtungen ausgesetzt.

Hiernach darf wohl mit Recht angenommen werden, daß ein Bedürfnis für eine gesellschaftsrechtliche Organisationsform vorhanden ist, bei der alle Gesellschafter persönlich, unmittelbar und unbeschränkbar haften, ohne daß jeder Gesellschafter schon kraft Gesetzes durch jede von der OHG eingegangene Verpflichtung ohne weiteres auch selbst zur Erbringung der gleichen Erfüllungshandlung verpflichtet würde. Das Handelsgesetzbuch wollte mit der Einführung der OHG den Zusammenschluß von Einzelpersonen zu einem wirtschaftlichen Unternehmen gerade erleichtern, nicht aber erschweren. Der Vergleich mit den Haftungsregelungen anderer gesellschaftsrechtlicher Zusammenschlüsse, insbesondere der Kapitalgesellschaften, zeigt, daß eine Gesellschaft so omnipotenter Art, wie sie zum Teil in der OHG erblickt wird, im System des Gesellschaftsrechtes einzigartig dastehen würde, daß dem Gläubiger einer OHG eine Machtfülle zukäme, wie sie keinem anderen Gläubiger einer Personal- oder Kapitalgesellschaft zugestanden wird. Eine sachliche Berechtigung für eine derart umfangreiche Gläubigersicherung scheint uns nicht gegeben zu sein. Es wurde bereits erwähnt, daß die unbeschränkte, persönliche und unmittelbare Haftung des Gesellschafters einer OHG nach § 128 HGB nur eine Möglichkeit der Gläubigersicherung darstellt, wie sie einer Personalgesellschaft angemessen ist, während die Struktur der Kapitalgesellschaften eine andere gesetzestechnische Durchführung der Befriedigung des gleichen Interesses erforderlich macht. Gerade aus dem Vergleich dieser der jeweiligen Eigenart der Handelsgesellschaften angepaßten Gestaltung der Haftungsregelungen ergibt sich deutlich, worauf es bei der Haftung nach § 128 HGB ankommt. Ebenso wie die Vorschriften, welche die Sicherung der Aufbringung und Erhaltung des Grundkapitals bei den Kapitalgesellschaften bezwecken, von der Voraussetzung her verstanden werden

müssen, daß sie in der Regel nicht schon bei jeder eingegangenen Gesellschaftsverpflichtung - bei voller Solvenz der Gesellschaft - relevant werden, sondern erst dann, wenn der Gläubiger Gefahr läuft, wegen seiner Forderung überhaupt nicht mehr befriedigt zu werden, so soll auch § 128 HGB in erster Linie das gleiche Risiko abdecken. Die institutionellen Sicherungen bei den Kapitalgesellschaften bezwecken letztlich die Erhaltung einer Mindestvermögensmasse für den letzten Zugriff ihrer Gläubiger. Da für die OHG Vorschriften über die Höhe einer Mindestsumme des Gesellschaftsvermögens fehlen, soll der Gläubiger auch nicht auf das Gesellschaftsvermögen allein verwiesen werden können. Ihm bleibt jederzeit der Zugriff auf das Privatvermögen eines jeden Gesellschafters offen. Ist das Gesellschaftsvermögen erschöpft, so kann er sich also immer noch an die einzelnen Gesellschafter halten. Wenn der Gläubiger einer OHG auch den einzelnen Gesellschafter unmittelbar in Anspruch nehmen kann, ohne sich zuvor an diese selbst und damit an das Gesellschaftsvermögen gehalten zu haben, auch bei voller Solvenz der OHG, so ändert diese Möglichkeit doch nichts daran, daß § 128 HGB in erster Linie verhindern will, daß der Gläubiger überhaupt leer ausgeht. Die Möglichkeit unmittelbarer Inanspruchnahme auch des einzelnen Gesellschafters erklärt sich daraus, daß es den Gesellschaftern einer OHG verwehrt sein soll, durch eine Beschränkung des Gesellschaftsvermögens die Befriedigung des Gläubigers hinauszuzögern oder gar zu vereiteln. Warum der Gläubiger einer OHG darüber hinaus noch dadurch gesichert werden soll, daß ihm jeder Gesellschafter auch noch auf die gleiche Leistung wie die OHG selbst verpflichtet wird, ist nicht einzusehen, ein Bedürfnis hierfür nicht anzuerkennen. Auch angesichts der Vielzahl von Fällen, in denen von der grundsätzlichen Erfüllungsschuldnerschaft der Gesellschafter Ausnahmen zugelassen werden müßten, darf bezweifelt werden, daß durch die Rechtsform der OHG eine derart intensive und vollkommene Gläubigersicherung geschaffen werden sollte. Es ist ferner darauf hinzuweisen, daß in vielen Fällen dem Gläubiger an der Erfüllungshandlung des einzelnen Gesellschafters nicht gelegen sein wird, weil ihm nicht gleichgültig ist, wer die geschuldete Leistung bewirkt.[1] Demnach können also auch die Interessen des Gläubigers nicht unbedingt zur Begründung einer grundsätzlichen Erfüllungspflicht des Gesellschafters herangezogen werden.

Schuldet der einzelne Gesellschafter nur eine Summe Geldes, gleichgültig, worauf die Schuld der OHG gerichtet ist, so läßt sich auch die Haftung des Kommanditisten nach § 171 Abs. 1, 1.Halbsatz HGB vor Leistung seiner Einlage

---

1) So auch Geller, Diss. S.31

ohne weiteres gleich behandeln, wie die Haftung des Komplementärs, während sich die herrschende Lehre hier erheblichen Schwierigkeiten ausgesetzt sieht und Inkonsequenzen in Kauf nehmen muß.[1)]

b. Bestätigung durch den Vergleich der Interessenlage und der Gestaltung des Innenverhältnisses der Verbindlichkeiten bei der gesamtschuldnerischen Schuldmitübernahme, der Bürgschaft und der Haftung des Gesellschafters einer OHG nach § 128 HGB

Auch ein Vergleich der Interessenlage bei der gesamtschuldnerischen Schuldmitübernahme, der Bürgschaft und bei § 128 HGB zeigt, daß die Haftungsregelung des § 128 HGB weitgehend der Bürgschaftshaftung entspricht. Bei der Klärung von Rechtsnatur und Schuldinhalt der Bürgenverpflichtung wurden bereits die wesentlichen Unterschiede der gesamtschuldnerischen Schuldmitübernahme und der Bürgschaft hervorgehoben. Nach inzwischen ganz herrschender Lehre entsprechen diese beiden Gestaltungen interzessorischer Verträge einem verschiedenen Bedürfnis, einer verschiedenen Interessenlage. Hat der Hinzutretende ein eigenes, unmittelbares materielles Interesse an der Erfüllung der Hauptverbindlichkeit, so liegt gesamtschuldnerische Schuldmitübernahme vor. Ist sein Interesse nur mittelbar, ist Bürgschaft anzunehmen. Es wurde bereits ausgeführt, daß die herrschende Lehre sich deshalb für das Kriterium der unmittelbaren materiellen Interessiertheit entschieden hat, weil sie von der Annahme ausgeht, der Hinzutretende werde bei eigenem, unmittelbarem materiellem Interesse die Hauptverbindlichkeit als eigene, sich von der Übernahme an selbständig und unabhängig weiterentwickelnde Verbindlichkeit übernehmen wollen, während die unselbständige, akzessorische Haftung für eine fremde Schuld, als die sich die Bürgschaft darstellt, der geringeren Intensität seines Interesses entgegenkomme.

Folgt man dieser Begründung, so deutet die Gestaltung der Haftungsregelung des § 128 HGB auf eine der Bürgschaft entsprechende Interessenlage hin. Es ist ganz allgemein anerkannt, daß ein Gesamtschuldverhältnis nur unter den einzelnen Gesellschaftern besteht, nicht aber zwischen dem einzelnen Gesellschafter und der OHG. Von der herrschenden Lehre wird dies damit erklärt, die OHG bilde nur eine formelle Zusammenfassung der Gesellschafter. Diese blieben so-

---

1) Vgl. oben S.47,48

mit selbst Träger der Rechte und Pflichten, weshalb es an den für ein Gesamtschuldverhältnis erforderlichen mehreren Verbindlichkeiten fehle.[1] Hueck verneint ein Gesamtschuldverhältnis, weil die Gesellschafter im Gegensatz zur OHG selbst in erster Linie nicht eine eigene Leistung zu erbringen, sondern für die Leistung der OHG zu sorgen hätten. Zwischen der Haftung der OHG und der Haftung des einzelnen Gesellschafters könnten Unterschiede auftreten.[2] Von der von uns vertretenen Auffassung her verbietet sich die Annahme eines Gesamtschuldverhältnisses schon deshalb, weil die Verbindlichkeiten der einzelnen Gesellschafter von der Verbindlichkeit der OHG grundsätzlich verschieden sind, ein Gesamtschuldverhältnis aber ursprüngliche Identität des Leistungsgegenstandes erfordert. Die Gesellschafterschuld richtet sich vielmehr nach einhelliger Auffassung akzessorisch nach dem jeweiligen Bestand und Umfang der Verbindlichkeit der OHG. Demnach entspricht das Verhältnis der Schuld des Gesellschafters zur Schuld der OHG dem Verhältnis der Bürgenschuld zur Hauptschuld.

Auch sonst entspricht das Innenverhältnis zwischen der Verpflichtung der OHG und der ihrer Gesellschafter weit mehr dem zwischen Bürgen und Hauptschuldner, als zwischen Schuldübernehmer und Urschuldner.

So ist die Parallelität eindeutig hinsichtlich der Möglichkeiten gegeben, die Einrede der Anfechtbarkeit und der Aufrechenbarkeit als aufschiebende Einrede geltend zu machen. Der Einrede der Anfechtbarkeit des § 770 Abs.1 BGB entspricht die des § 129 Abs. 2 HGB, der Einrede der Aufrechenbarkeit des § 770 Abs. 2 BGB entspricht die des § 129 Abs. 3 HGB. Beide Einreden sind aber bei der Schuldmitübernahme ausgeschlossen (§ 422 Abs. 2 BGB).[3]

Auch die Frage, inwieweit der Hinzutretende Einwendungen des ursprünglichen Schuldners geltend machen kann, ist für die Gesellschafterhaftung nach § 128 HGB und für die Bürgschaft einheitlich anders geregelt, als für die Schuldmitübernahme. Dem § 768 BGB entspricht § 129 Abs. 3 HGB. Bei der Schuldmitübernahme dagegen gilt der grundsätzliche, wenn auch abdingbare Einwen-

---

1) Vgl. oben Anm.5 S.17/18

2) Hueck OHG, § 21 II 7 S.203/204

3) Brattig, Diss. S.29; Reichel will die Einrede der Anfechtbarkeit dem Schuldmitübernehmer ebenfalls versagen (Schuldmitübernahme S.497), die Einrede der Aufrechenbarkeit aber zulassen (Schuldmitübernahme S.349, 350). Seine Begründung überzeugt aber nicht.

dungsausschluß des § 425 BGB.[1]

Ein Erlaßvertrag mit dem Hauptschuldner befreit den Bürgen aus Gründen der Akzessorietät. Das gleiche gilt für den zwischen einem Gesellschaftsgläubiger und der OHG geschlossenen Erlaßvertrag, dessen Wirkung sich auch auf den Gesellschafter der OHG erstreckt.[2] Bei der Schuldmitübernahme ist das nur dann der Fall, wenn die Befreiung des Mitschuldners im Willen der Vertragschließenden lag (§ 423 BGB).

Entsprechendes gilt für den Fall der Vereinigung von Forderung und Schuld. Bürge und Gesellschafter werden befreit, nicht aber nach § 425 Abs. 2 BGB der Übernehmer bei der Schuldmitübernahme.[3]

Nicht ganz so eindeutig ist die Lage bei der Frage, ob ein Regreßrecht gegeben ist. Entsprechend gestaltet ist es auf jeden Fall für den Bürgen und für den Gesellschafter. Für den Bürgen findet sich eine positive Regelung in § 774 BGB, für den Gesellschafter weniger offensichtlich, aber doch allgemein anerkannt in § 110 HGB.[4] Ob ein Regreßrecht im Begriff der Schuldmitübernahme mitenthalten ist, wofür an sich § 426 Abs. 2 BGB sprechen würde, oder ob es besonders ausbedungen werden muß, ist strittig. So geht nach Brattig[5] nicht die alte Forderung des Gläubigers über, sondern der Übernehmer kann - befriedigt er den Gläubiger - lediglich eine Forderung aus seinem Verhältnis zum Urschuldner gegen diesen geltend machen.[6]

---

1) Brattig, Diss. S. 30
2) Düringer-Hachenburg § 128 HGB Anm. 12 S. 710; Schlegelberger-Gessler § 128 HGB Anm. 21 S. 1138; Weipert in RGRK § 128 HGB Anm. 19 S. 252; Wieland I S. 632 FN 10; Hueck OHG § 21 II 7 S. 204; RG JW 28, 2612
3) Brattig, Diss. S. 31
4) Hueck OHG, § 15 II 1 S. 134, § 18 III 2 S. 167; Geller, Diss. S. 23; Schlegelberger-Gessler § 128 HGB Anm. 28 S. 1141
5) Brattig, Diss. S. 31; ebenso schon Lippmann Ih. Jb. 48, 329
6) Auch Reichel, Schuldmitübernahme S. 564 ff. (566, 567) fordert die Vereinbarung eines Regreßrechtes, soll ein solches dem Schuldübernehmer zustehen. Seiner Konstruktion, wonach der "Nachschubregreß" des § 426 Abs. 2 BGB dem von ihm so genannten "schlichten Erstattungsregreß" aus dem Verhältnis zwischen Urschuldner und Schuldübernehmer akzessorisch nachfolge, ist allerdings nicht zuzustimmen. Beide Ansprüche sind voneinander grundsätzlich unabhängig.

Nach alledem darf wohl gesagt werden, daß das Innenverhältnis der Verbindlichkeiten zwischen dem Gesellschafter und der OHG weit mehr dem zwischen dem Bürgen und dem Hauptschuldner gleicht, als dem zwischen Schuldübernehmer und Urschuldner bei der Schuldmitübernahme.

Einer Auseinandersetzung bedarf es noch hinsichtlich des Argumentes der herrschenden Lehre zur Unterscheidung von Schuldmitübernahme und Bürgschaft, ein Indiz für das Vorliegen einer Schuldmitübernahme sei dann gegeben, "wenn die Vorteile aus dem Vertragsverhältnis, auf dem die Verbindlichkeit des ursprünglichen Schuldners beruht, ganz oder zum Teil wirtschaftlich dem Eintretenden zugute kommen, oder wenn dieser jedenfalls an den Leistungen aus dem Hauptvertrag, sei es auf der einen oder auf der anderen Seite, ein eigenes Interesse hat".[1] Hierzu ist zunächst einmal zu sagen, daß die herrschende Lehre der Reihenfolge ihrer Fragestellung nach zu dieser Frage gar nicht mehr kommen würde, da sie sich schon angesichts der eindeutig gegebenen Akzessorietät der Gesellschafterschuld für Bürgschaft bzw. Bürgschaftsähnlichkeit entschieden hätte. Sieht man aber einmal hiervon ab, und mißt dem Unterscheidungskriterium der unmittelbaren materiellen Interessiertheit die Bedeutung zu, die wir ihm gegeben haben, daß nämlich bei eigenem, unmittelbarem sachlichem Interesse der Hinzutretende eine Schuld gleichen Inhaltes übernehmen wolle, bei nur mittelbarem sachlichem Interesse aber ein bloßes "Einstehen" mit Geld der geringeren Intensität des Interesses entspreche, so scheint die Sachlage bei § 128 HGB dafür zu sprechen, daß der einzelne Gesellschafter die inhaltlich gleiche Leistung wie die OHG zu erbringen habe. Da der einzelne Gesellschafter an Gewinn und Verlust der OHG beteiligt wird, ist es ihm sicher nicht gleichgültig, welcher Art die Geschäfte und die ihnen zugrunde liegenden Vereinbarungen sind, welche die OHG tätigt. Dem Gesellschafter fließen also letztlich die Vorteile aus den Verträgen der OHG zu, woraus sich sein Interesse an ihnen erklärt. Dennoch reicht dies nicht aus, um generell ein eigenes, unmittelbares sachliches Interesse an dem einzelnen Vertrag anzuerkennen. Ein derartiges unmittelbares Interesse nimmt die herrschende Lehre dann als gegeben an, wenn es derart ist, "daß angenommen werden kann, er würde, wenn eine Verpflichtung zu der Leistung nicht oder nicht mehr bestehen sollte, den Vertrag selbst abgeschlossen haben".[2] Das wird aber nur selten der Fall sein. Gerade bei Nichtgeldleistungen wäre der einzelne Gesellschafter häufig gar nicht

---

1) Löscher in RGRK § 414 Vorb. 18 S.1511
2) Löscher in RGRK § 414 Vorb. 18 S.1511

in der Lage, einen derartigen Vertrag zu erfüllen. Von einem eigenen, unmittelbaren sachlichen Interesse kann auch deshalb nicht gesprochen werden, weil das wirtschaftliche Ergebnis der Geschäfte der OHG zunächst der OHG selbst zugute kommt, die mit dem Erlös wirtschaftet. Erst bei der Gewinnausschüttung am Ende eines Wirtschaftszeitraums wird der Gesellschafter am wirtschaftlichen Ergebnis der OHG beteiligt. Die Vorteile des einzelnen Geschäftes kommen ihm also nur mittelbar zugute, das einzelne Geschäft bedeutet nur einen Rechnungsposten in der Endabrechnung. Der Unterschied wird deutlich, wenn man die Lage eines Gesellschafters mit der eines Dritten vergleicht, der eine Gesellschaftsschuld gegen Gewinnbeteiligung an dem betreffenden Geschäft durch besonderen Vertrag mitübernimmt. Hier fließen dem Dritten die Vorteile des Geschäfts unmittelbar zu, woraus auch sein unmittelbares Interesse an gerade diesem Geschäft resultiert. Auch die Beteiligung des Gesellschafters am wirtschaftlichen Ergebnis der OHG rechtfertigt also nicht die Annahme, der Gesellschafter habe die inhaltlich gleiche Leistung zu erbringen wie die OHG. Die Haftung nach § 128 HGB ist also weder gesamtschuldnerische, noch akzessorische Schuldmitübernahme, sondern Einständerschaft.

Das eigene, mittelbare, sachliche Interesse des Gesellschafters an der Erfüllung der Verbindlichkeiten der OHG, das sich aus der Beteiligung an Gewinn und Verlust ergibt, bleibt dennoch nicht völlig unberücksichtigt, sondern wirkt sich vor allem auf den Umfang der Haftung aus.[1] Hieraus erklären sich die Abweichungen der Gesellschafterhaftung von der Bürgenhaftung, die es verbieten, die Haftung des Gesellschafters einer OHG nach § 128 HGB als "gesetzliche Bürgschaft" schlechthin zu charakterisieren, die aber dennoch nicht so erheblich sind, daß eine Kennzeichnung als "bürgenähnliche Haftung" auszuschließen wäre. So haftet der Bürge nur für gesetzliche Erweiterungen der Hauptschuld, nicht für solche rechtsgeschäftlicher Art, während der Gesellschafter stets in vollem Umfange für alle Erweiterungen der Gesellschaftsschuld haftet. Nur die OHG kann mit Wirkung für den Gesellschafter auf die ihr zustehenden Einreden verzichten. Ein Gleiches ist dem Hauptschuldner hinsichtlich des Bürgen versagt.[2] Weitere Unterschiede ergeben sich aus § 159 HGB, § 211 Abs. 2 KO im Gegensatz zu § 193 KO und bei der Wechselbürgschaft. Hierauf wird später noch näher einzugehen sein.

---

1) Wieland HR I S. 632 FN 10

2) Vgl. §§ 768 Abs. 2, 770 BGB einerseits, § 129 Abs. 1 HGB andrerseits. Hellwig, Anspruch S. 18 Anm. 41; Wieland HR S. 632 FN 10, 3

c. Bestätigung durch die Gestaltung der OHG im Bereich ihrer Außenbeziehungen

Es soll nun versucht werden, die Frage zu klären, ob die OHG im Bereich ihrer Außenbeziehungen mehr durch das Element der Einheit oder durch das Element der Vielheit gekennzeichnet wird. Ziel dieses Vorgehens soll es sein, zu ermitteln, ob die von uns getroffene Bestimmung von Rechtsnatur und Schuldinhalt der Gesellschafterhaftung nach § 128 HGB durch die Gestaltung jener Vorschriften des OHG-Rechtes eine Bestätigung finden, die in einem inneren sachlichen Zusammenhang mit der Gesellschafterhaftung stehen. Stellt sich heraus, daß die OHG im Bereich ihrer Rechtsbeziehungen mit Dritten mehr zur Einheit neigt, mit anderen Worten, daß die OHG als das eigentliche Verpflichtungssubjekt erscheint, zu dem die einzelnen Gesellschafter nur kraft der positiven Bestimmung des § 128 HGB als akzessorische Verpflichtungssubjekte hinzutreten, so ist dies ein wesentliches Indiz dafür, daß die von uns gewonnene, aus einer Abwägung der beteiligten Interessen ermittelte Bestimmung von Rechtsnatur und Schuldinhalt der Gesellschafterhaftung nach § 128 HGB sich in die übrigen einschlägigen Bestimmungen des OHG-Rechtes einfügt. Denn dann erscheint es nicht als willkürlich, wenn Rechtsnatur und Schuldinhalt der Gesellschafterhaftung von der Haftung der OHG differieren. Solches erschiene vielmehr als nahe liegende Konsequenz aus dem Vorhandensein verschiedener Verpflichtungssubjekte. Ergibt die Untersuchung auf der anderen Seite, daß die OHG nicht für den Bereich ihrer Außenbeziehungen als selbständiges, von ihren Gesellschaftern in mannigfacher Beziehung losgelöstes Verpflichtungssubjekt anzusprechen ist, daß durch die von der OHG eingegangenen Rechtsbeziehungen die einzelnen Gesellschafter unmittelbar verpflichtet werden, so liegt nahe, daß OHG und Gesellschafter ein- und dasselbe, also die Erfüllungshandlung, schulden.

aa. § 124 HGB

Der wichtigste Hinweis darauf, daß die OHG als selbständiges, von ihren Gesellschaftern in mannigfacher Beziehung losgelöstes Verpflichtungssubjekt aufzufassen ist, findet sich in der Vorschrift des § 124 HGB. Hiernach kann die OHG "unter ihrer Firma Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen, Eigentum und andere dingliche Rechte an Grundstücken erwerben, vor Gericht klagen und verklagt werden" (§ 124 Abs. 1 HGB). Sie selbst ist demnach fähig, Schuldner zu sein, sie selbst ist (primäres) Verpflichtungssubjekt aus den von ihren vertretungsberechtigten Gesellschaftern abgeschlossenen Verträgen. Er-

wirbt sie Eigentum unter ihrer Firma, so erwirbt sie selbst es, nicht ihre Gesellschafter zu Miteigentum. Belastet sie ihr gehörige Grundstücke mit dinglichen Rechten, so wird sie selbst Schuldner der gesetzlichen Schuldverhältnisse der §§ 1021, 1022, 1055 Abs. 2 BGB, ebenso wie sie Schuldner der sich aus dem Eigentum ergebenden Verpflichtungen, wie der §§ 914, 917 BGB wird.[1] Aus § 124 Abs. 1 HGB ergibt sich ferner, daß die OHG "sämtliche Rechte und rechtlichen Eigenschaften haben (kann), die einer wechselnden Mehrheit von Personen zustehen und von den jeweiligen Vertretern für die Gesellschaft ausgeübt werden können. Es sind dies sämtliche Rechte und Rechtslagen, die eine Beziehung zum Vermögen aufweisen".[2] Aus § 124 Abs. 1 HGB folgt ferner, daß die von der OHG erworbenen Grundstücke unter dem Namen der OHG eingetragen werden. Es genügt, wenn ihr Name im Grundbuch erscheint. Hierin zeigt sich ein wesentlicher Unterschied zur Gesellschaft bürgerlichen Rechts. Wären die einzelnen Gesellschafter Miteigentümer, so müßten ihre Namen im Grundbuch erscheinen, und jeder Wechsel in der Mitgliedschaft bedürfte einer Berichtigung des Grundbuches.[3]

Von Bedeutung ist § 124 Abs. 1 HGB auch für die Möglichkeit einer Aufrechnung zwischen den beteiligten Parteien. Da die OHG selbst das Verpflichtungssubjekt der von ihr eingegangenen Verbindlichkeiten ist, ist es dem Privatgläubiger verwehrt, seine gegen einen Gesellschafter gerichtete Forderung gegen eine Gesellschaftsforderung aufzurechnen. Besonders deutlich wird die Verschiedenheit der Verpflichtungssubjekte in dem Falle, in dem der Gläubiger Privatgläubiger aller Gesellschafter der OHG ist. Auch hier ist dem Privatgläubiger verwehrt, seine Forderung gegen die Forderung der OHG aufzurechnen.[4] Das ergibt sich schon ohne weiteres daraus, daß der Privatgläubiger ja auch nicht von der OHG Erfüllung seiner gegen einen oder alle Gesellschafter gerichteten Privatforderung verlangen kann. Was aber für die Erfüllung gilt, hat erst recht für die Erfüllungssurrogate zu gelten.[5] Auch die OHG kann nicht mit Forderungen, die einem Gesellschafter persönlich zustehen, gegen Forderungen

---

1) Fischer, Diss. S. 51
2) Wieland, HR § 51 II S. 615; zu den Möglichkeiten der OHG im einzelnen vgl. Schlegelberger-Gessler § 124 Anm. 4 S. 1103, Anm. 5, 6 S. 1104
3) Dahn, Vorträge S. 77; Gierke ABR 19, 121, 122; Jaeger in Festgabe für Sohm S. 13 bis 15; Kohler in ZHR 74, 457; Schlegelberger-Gessler § 124 HGB Anm. 2 S. 1103
4) Fischer, Diss. S. 51; Gierke ABR 19, 126; Wieland HR § 57 I S. 654
5) Fischer, Diss. S. 51

eines Gesellschaftsgläubigers aufrechnen, auch dann nicht, wenn die gegen den Gesellschaftsgläubiger gerichtete Forderung allen Gesellschaftern zusteht.[1]

Auch die Tatsache, daß die Gesellschaft unter ihrer Firma klagen und verklagt werden kann, spricht für eine gewisse Verselbständigung der Haftungsgemeinschaft OHG. Dies wird besonders deutlich im Vergleich mit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts, die überhaupt nicht parteifähig ist, und mit dem nicht rechtsfähigen Verein, der lediglich passive Parteifähigkeit besitzt (§ 50 Abs.2 ZPO).

Ebenso deutet die Bestimmung des § 124 Abs.2 HGB, nach der ein besonderer, gegen die OHG gerichteter Titel erforderlich ist, wenn der Gläubiger die Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen betreiben will, auf eine Verselbständigung des Gesellschaftsvermögens hin.

bb. Die Konkursfähigkeit der OHG

Über das Gesellschaftsvermögen der OHG findet ferner ein selbständiges Konkursverfahren statt (§§ 131 Nr.3, 144 HGB, 209 KO). Ebenso wie im Zwangsvollstreckungsverfahren brauchen sich also die Gesellschaftsgläubiger in keiner Weise um die jeweilige Zusammensetzung der OHG zu kümmern. Es genügt, wenn sie ihre Ansprüche gegen die OHG als solche geltend machen. Die Privatgläubiger sind ihrerseits darauf angewiesen, den Weg des § 135 HGB zu beschreiten, der mit seinen zahlreichen Anwendungsvoraussetzungen einen erheblichen Umweg bedeutet, ehe sie sich in bestimmten Grenzen an das Gesellschaftsvermögen halten können. Auch hier wird die Verselbständigung des Gesellschaftsvermögens im Bereich der Außenbeziehungen der OHG besonders deutlich.

cc. Fragen der Vertretungsmacht

Vergleicht man zunächst einmal die Fassung des § 125 HGB mit dem ihm entsprechenden § 714 BGB aus dem Recht der bürgerlich-rechtlichen Gesellschaft, so fällt auf, daß der vertretungsberechtigte Gesellschafter der OHG "zur Vertretung der Gesellschaft" ermächtigt ist, während der vertretungsberechtigte Gesellschafter der Gesellschaft bürgerlichen Rechts ermächtigt ist, "die ande-

---

1) Schlegelberger-Gessler § 105 HGB Anm. 44 S.1006

ren Gesellschafter Dritten gegenüber zu vertreten". Auch wenn derartigen Unterschieden im Wortlaut mit Vorsicht begegnet werden muß[1], so ist doch wohl Fischer[2] darin Recht zu geben, daß hier ein besonderer Grund für die gewählte Formulierung des Gesetzes in der Notwendigkeit begründet ist, zwischen Gesellschafts- und Gesellschafterverbindlichkeiten, zwischen Gesellschafts- und Privatgläubiger zu unterscheiden. Die Notwendigkeit einer Unterscheidung erhellt schon daraus, daß es durchaus von Bedeutung ist, ob der vertretungsberechtigte Gesellschafter einer OHG diese selbst, oder sich und seine Mitgesellschafter zu verpflichten gedenkt.[3] Nimmt man einmal an, eine Gesellschaft sei zwischen A, B und C in der Form einer OHG gegründet worden, C sei kraft Gesellschaftsvertrages zur Vertretung der OHG und kraft Generalvollmacht durch A und B zur Vertretung in deren persönlichem Bereich ermächtigt worden, so ist sehr wohl von materieller Bedeutung, wie C im Rechtsverkehr auftritt, ob er "die Gesellschaft" oder "die Gesellschafter" vertritt, ob er einen Vertrag im Namen der OHG, oder aber im eigenen und im Namen des A und B schließt. "Der Gesellschafter handelt, **sobald er im Namen der Gesellschaft handelt, nicht zum Teil in fremden Namen, sondern durchweg als Träger der Gemeinschaftssphäre.**"[4]

Aus der Regelung der §§ 125 bis 127 HGB läßt sich das Verhältnis der Vertretung der Gesellschaft zur Vertretung der Gesellschafter ersehen. Wenn die Vertretung der Gesellschaft nur ein Unterfall der Vertretung der Gesellschafter sein soll, und hiervon geht doch wohl die herrschende Lehre aus, so ist die Erteilung der Vertretungsmacht für die Gesellschaft als eine beschränkte Bevollmächtigung zum Handeln im Namen der Gesellschafter zu kennzeichnen. Eine von den einzelnen Gesellschaftern erteilte Generalvollmacht für sie selbst würde ohne weiteres auch die Vollmacht in sich schließen, für sie im Bereich der Gesellschaft tätig zu werden. Daraus folgt, daß "die Vertretung der Gesellschaft eine Vertretung der einzelnen Gesellschafter (ist), die durch das Handeln in Gesellschaftsangelegenheiten sachlich beschränkt ist".[5] "Die Vertretungsmacht des vertretungsberechtigten Gesellschafters (würde) gegenüber der Generalvoll-

---

1) Wesentliche Bedeutung messen dem Wortlaut zu: Hamel, Diss. S.27,29, 43,48,49; Hellwig, Anspruch S.267,268

2) Fischer, Diss. S.52

3) Vgl. zum folgenden Fischer, Diss. S.54 ff.

4) Gierke, Gen.Th. S.589,590; vgl. auch in Dt.Pr.R. I S.686 f.; a.A. ausdrücklich Ritter, § 128 HGB Anm. 2 S.299

5) Fischer, Diss. S.60

macht, im Namen der einzelnen Gesellschafter schlechthin in allen denkbaren Beziehungen handeln zu können, eine sachlich beschränkte Vertretungsmacht sein".[1] Einer solchen Konstruktion steht aber § 126 HGB entgegen, aus dem sich ergibt, daß die Vertretungsmacht für die Gesellschaft grundsätzlich - mit den insoweit nicht ins Gewicht fallenden Ausnahmen der §§ 125 Abs. 2,126 Abs. 3 HGB - sachlich unbeschränkt und unbeschränkbar ist. Eine sachlich unbeschränkte Vertretungsmacht läßt sich aber nicht als ein Unterfall einer auf die gleichen Rechtssubjekte bezogenen anderen Vertretungsmacht denken. "Somit ergibt sich aus § 126 HGB in Verbindung mit der Möglichkeit, neben der Gesellschaftsvertretung einen Gesellschafter auch für die Privatsphären der einzelnen Gesellschafter Vertretungsmacht zu erteilen, daß es sich bei diesen Vertretungen um wesensverschiedene und um völlig andersartige handeln muß, daß demgemäß weder die eine die andere mitumfaßt, noch die andere auch die eine mit einschließt".[2] Vielmehr ist die sachlich unbeschränkte Gesellschaftsvertretung auf den Gesellschaftsbereich beschränkt, neben die als ganz andersgeartete Vertretung die auf einer Vollmachtserteilung durch die Gesellschafter als Privatpersonen beruhende treten kann. Die Möglichkeit zweier verschiedener Vertretungen durch ein- und dieselbe Person läßt den Schluß auf das Vorhandensein zweier voneinander zu unterscheidender Verpflichtungssubjekte zu. "Denn wenn weder die eine die Unterart der anderen, noch die andere eine solche der einen ist, wodurch die Identität der vertretenen Rechtssubjekte zum Ausdruck käme, so können die beiden Vertretungen als zwei völlig voneinander verschiedene Vertretungen das Merkmal ihrer Verschiedenheit nur in der Verschiedenheit der in beiden Fällen vertretenen Rechtssubjekte finden. Daraus ergibt sich die Folgerung, daß sich die OHG gegenüber den einzelnen Gesellschaftern als ein eigenes verselbständigtes Rechtssubjekt darstellt, daß also bei ihr die Loslösung der Gemeinschaftssphäre von den Sondersphären der einzelnen Gesellschafter so weit vorgeschritten ist, daß sie hier als ein eigenes verselbständigtes Rechtssubjekt erscheint."[3]

dd. Analoge Anwendung des § 31 BGB

Nach allgemein anerkannter Auffassung ist § 31 BGB - für die Anwendung auf

---

1) Fischer, Diss. S.60
2) Fischer, Diss. S.60
3) Fischer, Diss. S.62

Juristische Personen konzipiert - auch im Bereich der OHG anwendbar[1]. Diese analoge Anwendung des § 31 BGB erfordert aber ebenfalls eine scharfe Trennung zwischen der Vertretung der Gesellschafter "als Gesellschafter" und der Vertretung der Gesellschafter "als Privatpersonen". Nach § 31 BGB muß das "Organ" der Vereinigung, hier der vertretungsberechtigte Gesellschafter, die Unerlaubte Handlung "in Ausführung der ihm zustehenden Verrichtungen" begangen haben, soll die Vereinigung für sie haften müssen. In dieser Funktion ist der vertretungsberechtigte Gesellschafter aber nur dann tätig, wenn er in der gesellschaftlichen Sphäre tätig wird, "weil § 31 BGB von dem Gedanken der Einheit, von dem Gesichtspunkt der Verselbständigung, der Loslösung der Gemeinschaftssphäre von den Sondersphären der einzelnen Glieder der Personengemeinschaft ausgeht. § 31 BGB stellt die Vertretung der Juristischen Person in einen scharfen Gegensatz zu der Vertretung aller einzelnen Glieder der Juristischen Person, der durch die Verschiedenheit der jeweilig vertretenen Rechtssubjekte bedingt ist. § 31 BGB fordert diese Gegenüberstellung als erste und notwendige Voraussetzung und kann demgemäß sinngemäß auf weitere Fälle nur dann angewendet werden, wenn auch in diesen eine solche Gegenüberstellung möglich ist und stattfindet".[2]

ee. Verhältnis zweier personengleicher offener Handelsgesellschaften zueinander

Es ist allgemein als zulässig erachtet worden, daß mehrere Personen sich in der Weise zum Betriebe von Handelsgeschäften vereinigen, daß zwei personengleiche offene Handelsgesellschaften entstehen. Es ist ferner anerkannt, daß diese personengleichen offenen Handelsgesellschaften miteinander in Rechtsbeziehungen treten[3], auch gegeneinander klagen[4] können. Das aber setzt voraus, daß es

---

1) Hamel, Diss. S.58; Lehmann, Gesellschaftsrecht § 20 II 3 S.121; Schlegelberger-Gessler § 126 HGB Anm. 25 S.1129,1130; Weipert in RGRK § 126 HGB Anm. 27 S.237; Würdinger, Gesellschaften, 1.Teil § 26 II 3 S.124; RGZ 46,18; RGZ 76,48; BGHZ in NJW 52,537

2) Fischer, Diss. S.59; gleicher Ansicht auch Hamel, Diss. S.58

3) Düringer-Hachenburg § 105 HGB Anm. 10 S.536; Fischer, Diss. S.64; Gierke, Gen.Th. S.515; Hueck, OHG § 1 III 1 S.12; Jaeger in Festgabe für Sohm S.44; Weipert in RGRK § 105 HGB Anm. 29 S.22; Rhode S.152, 153; Schlegelberger-Gessler § 105 HGB Anm. 27 S.999,1000; Staub-Pinner § 105 HGB Anm. 39 S.644,645; Wieland HR S.789,793; RGZ 47,157; RGZ 136,402 ff. (406,407)

4) Hueck, OHG § 1 III 2 S.13; Jaeger in Festgabe für Sohm S.44; Weipert in

sich hier um zwei verschiedene Verpflichtungssubjekte handelt. Wäre nämlich die "OHG" nur eine aus Vereinfachungsgründen geschaffene äußerliche Zusammenfassung ohne materielle Bedeutung, so wäre nicht ersichtlich, wie zwischen den beiden personengleichen offenen Handelsgesellschaften obligatorische Verträge, Übereignungen[1] und andere Rechtsgeschäfte zustande kommen könnten. Wären doch Gläubiger und Schuldner, Erwerber und Veräußerer ein- und dieselben Personen. Das wird besonders deutlich, zieht man zum Vergleich die Lage eines Einzelkaufmanns heran, der zwei Firmen gegründet hat. Er kann hierdurch an der Identität beider Verpflichtungssubjekte nichts ändern, auch nicht wirksam als Inhaber der einen Firma mit sich selbst als Inhaber der anderen Firma kontrahieren. Die Verschiedenheit der Rechtssubjektivität der personengleichen offenen Handelsgesellschaften ist nun einmal die Voraussetzung für die Möglichkeit zwischen ihnen bestehender Rechtsbeziehungen[2].

ff. Ergebnis

Nach alledem spricht also auch die Gestaltung des Rechts der OHG im Bereich ihrer Außenbeziehungen, in dem nicht nur formell, sondern auch materiell zwischen der Gesellschaftersphäre und der Gesellschaftssphäre unterschieden wird, für die von uns vertretene Auffassung von Rechtsnatur und Schuldinhalt der Gesellschafterhaftung nach § 128 HGB.[3]

RGRK § 105 HGB Anm. 29 S.22; Schlegelberger-Gessler § 105 HGB Anm.27 S.1000; a.A. Düringer-Hachenburg § 105 HGB Anm. 10 S.536; Müller-Erzbach HR § 35 S.188; wohl auch OLGE (Hamburg) 3,82

1) Eine Auflassung bei Übertragung eines Grundstücks von einer OHG auf die personengleiche andere OHG halten für erforderlich: Güthe-Triebel GBO § 20 GBO Anm.19 S.497; Planck-Strecker § 925 BGB Anm. 2cS.406; Pritsch in RGRK § 925 BGB Anm. 5 S.382; Staub-Pinner § 105 HGB Anm. 31 S.642; a.A. Hamel, Diss. S.60; Ritter § 105 HGB Anm. 7b S.258

2) Weitere auf eine Einheit hindeutende Gestaltungen bei Fischer, Diss. S.68, 70 bis 74 und bei Jaeger in Festgabe für Sohm S.41 bis 45

3) Auch die Mindermeinung kann für sich in Anspruch nehmen, daß ihre Lösung durch die Interessenlage, die Gestaltung des Innenverhältnisses von Gesellschafts- und Gesellschafterschuld, und durch die Gestaltung des Rechts der OHG im Bereich ihrer Außenbeziehungen gerechtfertigt wird. Das ergibt sich daraus, daß der Schuldinhalt im engeren Sinne - Leistung einer Summe Geldes - bei ihr und bei uns gleich bestimmt worden ist. Die Min-

d. Bedeutung der von einem Gesellschafter der OHG neben seiner Haftung nach § 128 HGB übernommenen Bürgschaft und Schuldmitübernahme

Die Verbürgung eines Gesellschafters für die Schuld der OHG ist nicht nur dann sinnvoll, wenn man die Gesellschafterhaftung nach § 128 HGB wie die herrschende Lehre bestimmt, sondern auch, wenn man sie als bürgenähnlich gestaltet ansieht.[1] Der Begriff der Bürgschaft ist enger als der der Gesellschafterhaftung, weil die Bürgschaft sich nur auf eine bestimmte bestehende oder künftige Schuld, allenfalls noch auf einen bestimmten, eng umgrenzten Schuldenkreis bezieht, und weil eine rechtsgeschäftliche Erweiterung der Hauptschuld sich nicht auch auf die Bürgenverpflichtung erstreckt. Da die Gesellschafterhaftung ihrem Umfange nach insoweit über die Bürgenverpflichtung hinausreicht, erlangt die zusätzlich übernommene Bürgschaft im Normalfall keine Bedeutung. Für drei Sachverhalte aber ist die Bürgschaft eines Gesellschafters für eine Schuld der OHG sinnvoll und für den Gläubiger von ganz besonderem Interesse: im Fall der Auflösung der OHG bzw. bei Ausscheiden eines Gesellschafters, im Konkurs über das Gesellschaftsvermögen und bei der Wechselbürgschaft.

Wird die Gesellschaft aufgelöst, oder scheidet der Gesellschafter aus der OHG aus, so verjähren die sich auf Gesellschaftsverbindlichkeiten beziehenden Ansprüche in fünf Jahren (§ 159 HGB). Diese Vergünstigung kommt dem Gesellschafter nur in dieser seiner Eigenschaft zugute. Hat er aber eine Bürgschaft übernommen, so haftet er aus diesem Rechtgrund über die genannte Zeit hinaus. Auf die Fünfjahresfrist aus § 159 HGB kann er sich dann nicht berufen.[2]

---

dermeinung kann aber, wie bereits ausgeführt, aus dogmatischen Gründen nicht als zutreffend anerkannt werden.

1) Düringer-Hachenburg § 128 HGB Anm. 5 S. 705; Lehmann, Gesellschaftsrecht § 20 IV 4 S. 126; Weipert in RGRK § 128 HGB Anm. 2 S. 249; Schlegelberger-Gessler § 128 HGB Anm. 8 S. 1136; Würdinger, Gesellschaften, 1. Teil § 27 II 2a S. 127; RGZ 139, 252 ff. (254) für die herrschende Lehre zu § 128 HGB. Für die Mindermeinung erkennen den Sinn einer Bürgschaft an: Geller, Diss. S. 41 bis 43; Wieland HR Anm. 4 S. 639. Staudinger-Brändl § 765 BGB Anm. 6 S. 2503 nehmen im Gegensatz zu allen Genannten an, der Gesellschafter übernehme die Bürgschaft nicht für die Schuld der OHG selbst, sondern nur für die Schuld seiner Mitgesellschafter. Ebenso Böcker, DJZ 1934, 274. Ausdrücklich dagegen: Bolze 11 Nr. 453 S. 230.

2) Düringer-Hachenburg § 128 Anm. 5 S. 705; Geller, Diss. S. 42; Weipert

Größer noch ist die Bedeutung einer von einem Gesellschafter übernommenen Bürgschaft im Konkurs der Gesellschaft über das Gesellschaftsvermögen. In diesem Konkursverfahren begrenzt der Zwangsvergleich nicht nur den Umfang der Haftung der OHG, sondern ebenso auch den Umfang der persönlichen Haftung des einzelnen Gesellschafters (§ 211 Abs. 2 KO). Das hängt damit zusammen, daß der Gesellschafter nur im Umfange der Gesellschaftsschuld zu haften hat. Wird nun die Gesellschaftsschuld im Konkursverfahren über das Gesellschaftsvermögen durch Zwangsvergleich in ihrer Höhe verändert, so ist dies als Änderung der Gesellschaftsschuld durch Rechtsgeschäft anzusehen. Eine solche Veränderung kommt aber dem einzelnen Gesellschafter ebenso zugute, wie er andrerseits die rechtsgeschäftlichen Erweiterungen einer solchen Schuld zu tragen verpflichtet ist. Die Sachlage ist verschieden beim Bürgen. Gerät der Hauptschuldner in Konkurs, und führt das Konkursverfahren zu einem Zwangsvergleich, so werden die Rechte des Gläubigers gegen den Bürgen nach § 193 KO hierdurch nicht berührt. Gerade dann erlangt die Bürgschaft ihre eigentliche Bedeutung, nämlich die, Sicherung des Gläubigers zu sein, wenn der Hauptschuldner leistungsunfähig wird. Auch der im Konkursverfahren zustande gekommene Zwangsvergleich wirkt als eine Feststellung der (partiellen) Leistungsunfähigkeit des Hauptschuldners, da durch ihn die Grenze seiner Leistungsfähigkeit festgelegt wird. Der Gesellschafter, der zusätzlich zu seiner sich aus § 128 HGB ergebenden Haftung noch eine Bürgschaftsverpflichtung für eine Gesellschaftsschuld eingegangen ist, haftet demnach in seiner Eigenschaft als Bürge für diese Verbindlichkeit in ihrer vollen Höhe, ungeachtet des Ergebnisses des Zwangsvergleichs.[1)]

Bei der Wechselbürgschaft schließlich wird der Gesellschafter-Bürge auch wechselmäßig für die Einlösung des Wechsels verhaftet. Er wird Wechselverpflichteter, erhält damit eine Eigenschaft, die sich nicht schon ohne weiteres aus § 128 HGB ergibt, sobald die OHG eine Wechselverpflichtung eingeht.[2)]

---

in RGRK § 159 HGB Anm. 8 S. 549; Schlegelberger-Gessler § 128 HGB Anm. 8 S. 1136; Staub-Pinner § 159 HGB Anm. 3 S. 842; a.A. Staudinger-Brändl § 765 BGB Anm. 6 S. 2503

1) Düringer-Hachenburg § 128 HGB Anm. 5 S. 705; Geller, Diss. S. 42, 43; Schlegelberger-Gessler § 128 HGB Anm. 8 S. 1136; Staudinger-Brändl § 765 BGB Anm. 6 S. 2503; RGZ 139, 254

2) Nach anderer Auffassung ist der Gesellschafter schon nach § 128 HGB Wechselverpflichteter: Düringer-Hachenburg § 128 HGB Anm. 5 S. 705; Ritter

Ist demnach schon eine Bürgschaft neben der Haftung aus § 128 HGB sinnvoll, so ist es um so mehr eine zusätzlich übernommene Schuldmitübernahme, für die gerade bei Lösungen, die den Gesellschafter in jedem Falle zur Leistung einer entsprechenden Summe Geldes verpflichtet sein lassen, ein Bedürfnis entstehen kann. Hier wird die Schuldmitübernahme eines Gesellschafters deshalb sinnvoll, weil er sich durch sie verpflichtet, auch in seiner Person die Erfüllungshandlung der Gesellschaftsverbindlichkeit zu erbringen. Ob diese Schuldmitübernahme als gesamtschuldnerische oder als akzessorische vereinbart wird, ist demgegenüber von geringerer Bedeutung.[1)]

Ist dem Gesellschaftsgläubiger daran gelegen, auch von einem einzelnen Gesellschafter die von der OHG geschuldete Leistung zu erhalten, so ist er darauf angewiesen, mit diesem eine Schuldmitübernahme zu vereinbaren. Nun könnte von der herrschenden Lehre als Einwand gegen die von der Mindermeinung und die von uns vertretene Auffassung die Frage gestellt werden, ob es nicht unbillig sei, von dem Gesellschaftsgläubiger zu verlangen, auch den einzelnen Gesellschafter besonders zu binden, wolle er auch von ihm die Erfüllungshandlung der Gesellschaftsschuld erhalten, da ihm so erheblich mehr Mühe und Aufwendungen, insbesondere intensive Nachforschungen über die Verhältnisse der einzelnen Gesellschafter zugemutet würden. Es sei inkonsequent, wenn hier als zumutbar erachtet werde, was weiter oben bei der Kritik an der Lehrmeinung Huecks als unzumutbar abgelehnt worden sei.

Dennoch ist an der Unterscheidung festzuhalten, da die Notwendigkeit, Nachforschungen darüber anzustellen, welcher der Gesellschafter der OHG neben dieser auf die Erfüllungshandlung zu verpflichten sei, hier sachlich begründet und daher zumutbar ist, wie am Beispiel der auf Unterlassung gerichteten Wettbewerbsabrede aufgezeigt werden soll. Die herrschende Lehre geht wohl davon aus, daß der Gesellschaftsgläubiger grundsätzlich von vornherein erwarten dürfe, aus dem gesamten Bereich der OHG, einschließlich dem jedes einzelnen Gesell-

---

§ 128 HGB Anm. 4 S.300; Weipert in RGRK § 128 HGB Anm. 2 S.248; Schlegelberger-Gessler § 128 HGB Anm. 10 S.1136,1137; Hueck OHG § 21 II 6 S.202; Kohler ABR 40,249; BGHZ in WM 1960 S.374. Wie hier noch Geller, Diss. S.37,43

1) Durch Vertragsauslegung wird zu ermitteln sein, ob bei akzessorischer Gestaltung eine selbständige akzessorische Schuldmitübernahme gewollt ist, oder aber eine bloße Erweiterung der Haftung aus § 128 HGB in der Weise, daß statt des an sich primären Leistungsgegenstandes "Geld" die Erfüllungs-

schafters, keine Konkurrenzhandlung erfahren zu müssen. Mag er nun von der Existenz konkurrenzfähiger Gesellschafter gewußt haben oder nicht - stets hätte er eine unter Umständen erhebliche Zahl von Konkurrenten durch die Wettbewerbsabrede mit nur einem einzigen Vertragspartner - der OHG - automatisch mit ausgeschaltet. Dieser Auffassung vermögen wir nicht zuzustimmen. Einmal fällt auf, daß die herrschende Lehre gerade für den Bereich der Wettbewerbsabreden besonders betont, daß häufig Abweichendes vereinbart sein werde, so daß also die einzelnen Gesellschafter nicht an die Wettbewerbsabrede gebunden sein sollen. Damit ist ein deutlicher Hinweis darauf gegeben, daß die Interessenlage bei Wettbewerbsabreden häufig den Grundsatz der herrschenden Lehre, der Gesellschafter schulde das Gleiche wie die OHG, nicht rechtfertigt. Ferner ist nicht recht einzusehen, wie die herrschende Lehre die grundsätzliche Bindung des einzelnen Gesellschafters an das Konkurrenzverbot annehmen kann, wenn sie gleichzeitig der Ansicht ist, die OHG könne ihre Gesellschafter in deren persönlichem Bereich nicht zur Erfüllungshandlung der Hauptverbindlichkeit verpflichten.[1] Hier zeigt sich besonders deutlich, wie dringend es einer Abgrenzung dieses persönlichen, gesellschaftsfreien Bereiches von dem gesellschaftlichen Bereich bedürfte. Hält die herrschende Lehre die grundsätzliche Bindung auch des einzelnen Gesellschafters an die Wettbewerbsabrede der OHG für zutreffend, will sie gleichzeitig daran festhalten, daß der Gesellschafter durch sie in seinem persönlichen Bereich nicht verpflichtet werden kann, so müßte hieraus mit Notwendigkeit gefolgert werden, daß der von dem Gesellschafter selbständig betriebene Gewerbebetrieb seinem gesellschaftlichen, nicht seinem persönlichen Bereich zuzurechnen wäre. Solches überzeugend zu begründen, dürfte aber schwer fallen. Konsequenterweise hält Hueck den Gesellschafter im Gegensatz zur herrschenden Lehre nicht an die Wettbewerbsabreden der OHG gebunden, womit er allerdings den Anwendungsbereich dieser Ausnahme so

---

handlung der Gesellschaftsschuld geschuldet werden soll, ohne daß sich sonst etwas ändert.

1) Nach der von uns und der Mindermeinung vertretenen Auffassung ergibt sich der Grundsatz, daß der einzelne Gesellschafter ohne seine Mitwirkung durch die OHG nicht in seinem persönlichen Bereich zur Erfüllungshandlung verpflichtet werden kann, ohne weiteres. Die herrschende Lehre sieht sich genötigt, hier eine Ausnahme von ihrem Grundsatz zuzulassen, daß die OHG ermächtigt sei, ihre Gesellschafter zu jeder, wie auch immer gearteten Leistung zu verpflichten, weil ihr Grundsatz hier die Interessenlage nicht berücksichtigen würde und daher zu einem unbilligen Ergebnis führte.

weit ausdehnt, daß das auch von ihm angenommene Regel-Ausnahmeverhältnis nicht mehr recht überzeugt. Die interessengerechte Antwort ist unseres Erachtens nur zu finden, wenn ganz einfach von der Erfahrung des täglichen Wirtschaftslebens her gefragt wird, warum ein Gesellschaftsgläubiger überhaupt eine Wettbewerbsabrede mit einer OHG trifft, aus welchem Bedürfnis heraus er hierbei handelt. Doch wohl deshalb, weil er die ihr eigene, bei ihr konzentrierte wirtschaftliche Macht fürchtet und daher zu eliminieren, unschädlich zu machen sucht. Durch seine Wettbewerbsabrede mit der OHG beabsichtigt er, zu verhindern, daß ihm gerade mit deren Mitteln, aus deren Umfang und Bedeutung er auf die Notwendigkeit eines zu vereinbarenden Konkurrenzverbotes schloß, keine Konkurrenz gemacht werde. Gerade diese Mittel - die Fabrikanlagen, die Finanzkraft, die speziellen Fähigkeiten ihrer Mitglieder und Mitarbeiter, die von der OHG ausgewerteten und ihr allein zustehenden Patente, deren Handelsbeziehungen, die sonstigen nützlichen Beziehungen etwa zu Behörden, einflußreichen Persönlichkeiten und Verbänden, der good will der OHG - sind der eigentliche Beweggrund, sich vertraglich abzusichern. Die einzelnen Gesellschafter mit ihren Privatbetrieben bilden demgegenüber weitere mögliche Konkurrenten, die aber doch, sofern sie nicht organisatorisch oder wirtschaftlich von der OHG abhängen oder ausschließlich für diese arbeiten, im Verhältnis zu der OHG Dritte sind. Vom Tatsächlichen und Rechtlichen her gesehen bilden die Mittel der OHG und die ihrer Gesellschafter im Regelfalle keine Einheit, sondern erscheinen als voneinander geschiedene, selbständige Unternehmenseinheiten. Gerade von dieser Betrachtungsweise her erscheint es nicht als unbillig, sondern nahezu als natürlich, daß der Gesellschaftsgläubiger auch mit den einzelnen Gesellschaftern vertraglich ein Wettbewerbsverbot vereinbaren muß, will er auch vor diesen außerhalb und neben der OHG bestehenden wirtschaftlichen Einheiten, vor deren wirtschaftlicher Macht geschützt sein. Es ist ihm durchaus zuzumuten, daß er sich bei Abschluß einer Wettbewerbsabrede erkundige, ob ihm auch von einem der Gesellschafter Wettbewerb drohen könne. Gerade bei derartigen Abreden gehört es zu den ganz normalen, routinemäßigen Aufgaben eines Wirtschaftenden, sich über alle möglichen Konkurrenten klar zu werden, weil nur die genaue und vollständige Kenntnis hierüber Aufschluß über Sinn und Effektivität einer in Aussicht genommenen Wettbewerbsabrede zu geben vermag. Es wird hier also von dem Gesellschaftsgläubiger nicht mehr erwartet, als in seinem eigenen Interesse begründet liegt.

Man sollte schließlich auch nicht übersehen, daß Wettbewerbsabreden in der Regel nicht einseitig wirken, sondern meist durch Gegenleistungen irgendwelcher Art eingehandelt werden. Soll nun wirklich zwar die OHG in den Genuß der Gegenleistung kommen, ihre Gesellschafter aber, wie dies häufig der Fall

sein würde, nur verpflichtet worden sein? Es sei auch noch daran erinnert, daß der Gesellschafter grundsätzlich noch fünf Jahre nach seinem Ausscheiden dem Gläubiger gegenüber an die Einhaltung des Wettbewerbsverbotes gebunden wäre. Diese Verpflichtung bestünde unabhängig davon, ob der Gesellschaftsgläubiger von seiner Existenz bei Abschluß des Konkurrenzverbotes überhaupt gewußt hat. Mag sein, daß der Gesellschafter erst nach seinem Ausscheiden aus der OHG die nötigen Mittel zur wirtschaftlichen Entfaltung erhält, so daß der Gläubiger erst jetzt daran interessiert ist, von dieser Seite her keinen Wettbewerb zu erfahren. Er brauchte sich zu diesem Zwecke nach herrschender Lehre nur auf die Wettbewerbsabrede mit der OHG zu berufen. - Wenn ein Teil der herrschenden Lehre annimmt, in der Regel werde die Wettbewerbsabrede, sofern sie nicht von vornherein eine Befreiung des einzelnen Gesellschafters vorsehe, doch dessen Entlassung aus der Verpflichtung für den Fall seines Ausscheidens anordnen, so scheint uns gerade dies besonders deutlich aufzuzeigen, wie wenig innere Berechtigung die grundsätzliche Bindung auch des einzelnen Gesellschafters mit seinem eigenen Gewerbebetrieb hat. Denn es ist keinesfalls einzusehen, worin die geringere Gefährdung des Gesellschaftsgläubigers liegen soll, wenn der Gesellschafter aus der OHG ausscheidet, als wenn er Gesellschafter der OHG ist, so daß sich der Gesellschaftsgläubiger mit einer derartigen Klausel einverstanden erklären sollte. Wenn aber allein die Gesellschaftereigenschaft für die Mitbindung entscheidend sein soll, so kann der herrschenden Lehre deshalb nicht zugestimmt werden, weil sie rein formell argumentiert und der Interessenlage widerspricht.

Entsprechendes gilt für die Verpflichtungen der OHG zu positiven Leistungen. Auch hier ist dem Gesellschaftsgläubiger zuzumuten, sich danach zu erkundigen, welcher der Gesellschafter neben der OHG die von dieser geschuldete Leistung in seiner Person zu erbringen imstande wäre, wenn ihm daran gelegen ist, nicht nur durch die Haftung aller Gesellschafter aus § 128 HGB, sondern auch durch einen weiteren Erfüllungsschuldner gesichert zu sein. Denn auch hier will er sich die spezielle Leistungsfähigkeit einer weiteren Wirtschaftseinheit zunutze machen, die von der OHG unabhängig ist.

D. ERGEBNIS

Rechtsnatur und Schuldinhalt der Haftung des Gesellschafters einer OHG nach § 128 HGB sind nach alledem wie folgt zu umschreiben:

Die Gesellschafterhaftung nach § 128 HGB ist als "Einständerschaft" zu kennzeichnen, weder als akzessorische Schuldmitübernahme, noch als Schadensersatzverpflichtung. Die Schuld des Gesellschafters ist primär, nicht sekundär, und auch nicht subsidiär. Im Verhältnis zur Verpflichtung der OHG ist die des Gesellschafters akzessorische Nebenschuld. Sie ist Fremdschuld, da sie der Sicherung einer dem Gesellschafter fremden Schuld dient. Der Gesellschafter tritt also nicht wie bei einer Schuldmitübernahme in die Schuld der OHG mit ein, so daß er mit ihr aus ein- und demselben Rechtsgrund haftete. Seine Verpflichtung beruht vielmehr allein auf der seine Haftung kraft positiven Rechtes anordnenden Vorschrift des § 128 HGB.

Die Verpflichtung des Gesellschafters geht ihrem Inhalte nach auf die Leistung einer Summe Geldes, deren Höhe dem Werte der Verpflichtung der OHG im Zeitpunkt der Inanspruchnahme entspricht.

Die Gesellschafterhaftung nach § 128 HGB ist somit als "bürgenähnlich" zu bezeichnen.

Rechtsnatur und Schuldinhalt der Haftung des Gesellschafters einer OHG nach § 128 HGB sind für jeden Anwendungsfall einheitlich bestimmt, und bleiben unbeeinflußt von Rechtsnatur und Schuldinhalt der Verpflichtung der OHG.

Diese Gestaltung der Gesellschafterhaftung nach § 128 HGB entspricht der Interessenlage und damit den praktischen Bedürfnissen des Wirtschaftslebens, der Gestaltung des Innenverhältnisses zwischen Gesellschafts- und Gesellschafterverbindlichkeit und findet eine Stütze in der Gestaltung des Rechtes der OHG im Bereich ihrer Außenbeziehungen.

Lebenslauf

Am 2. Juli 1937 wurde ich als Sohn des kaufmännischen Angestellten Otto Hauer und seiner Ehefrau Else, geb. Vogt, als deutscher Staatsangehöriger, in Schanghai/China geboren. Die Grundschule besuchte ich in der dortigen deutschen Kaiser-Wilhelm-Schule bis zur Repatriierung nach Deutschland im Jahre 1946. Nach fünfjährigem Besuch des Progymnasiums Alpirsbach und zweijährigem Besuch des Kepler-Gymnasiums Freudenstadt (Sexta und Obersekunda) absolvierte ich die beiden letzten Klassen am Neusprachlichen Gymnasium Köln-Deutz, an dem ich am 2. März 1956 die Reifeprüfung ablegte.

Nach anderthalbjähriger kaufmännischer Lehre bei den Farbenfabriken Bayer in Leverkusen begann ich in Tübingen im Wintersemester 1957/58 mit dem Studium der Volkswirtschaft, entschied mich aber dann im zweiten Semester für das Studium der Rechtswissenschaft. Bis auf das vierte Semester, das ich in Göttingen verbrachte, studierte ich in Tübingen, wo ich am 7. Dezember 1962 die Erste Juristische Staatsprüfung ablegte. Seit dem 1. Januar 1963 bin ich als Gerichtsreferendar im juristischen Vorbereitungsdienst des Landes Baden-Württemberg.